a nozione di frutto che il diritto romano tramanda non è unitaria
 riflette una stratificazione storica che abbraccia realtà molto
iverse, anche dal punto di vista delle forme di produzione.
rotagonista di questa storia è, però, la *iurisprudentia* romana, il cui
ontributo va studiato e valorizzato nella sua ampia ricchezza
i prospettive, di concezioni e di costruzioni maturate all'interno
i un dibattito scientifico ancora in parte ricostruibile, e utile
lemento di riflessione anche per la scienza giuridica moderna
 i problemi che nel XIX e XX secolo il reddito del capitale solleva
n relazione all'attuale nozione giuridica di frutto.

**Riccardo Cardilli** (Roma 1965) è professore associato di Istituzioni di dirit-
o romano nella Facoltà di Giurisprudenza di Salerno. Tra le sue pubblica-
ioni: *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto roma-
o (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1995.



Questo volume, sprovvisto del talloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

L. 52.000
€ 26,85



ISBN 88-495-0024-6
9 788849 500240

Grafica di Franco Canale

Cardilli La nozione giuridica di *fructus* 26

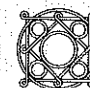
PUBBLICAZIONI
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI SALERNO

Sezione di Studi Giuridici

26

## Riccardo Cardilli

# La nozione giuridica di *fructus*



Edizioni Scientifiche Italiane

Due sono i punti acquisiti che ritengo metodologicamente preziosi.

Da un lato, la consapevolezza, sempre più manifesta nella scienza romanistica degli ultimi quarant'anni, che il concetto di frutto sia condizionato dalla forma economica di produzione e dalla coscienza sociale. È un elemento importante che integra l'intuizione del Petražycki sulla sua «relatività» soggettiva. Esso, peraltro, non coinvolge soltanto il termine *fructus*, ma necessariamente anche *reditus*, dato che da un certo momento in poi la nozione romana di frutto contiene ogni reddito derivante dalla cosa.

D'altro lato l'ampiezza di significato del segno latino *fructus*, conseguenza della sua derivazione da *frui*.

Entrambi questi elementi vanno tenuti presenti nell'esame degli istituti giuridici coinvolti (usufrutto, restituzione processuale, restituzione della dote ecc.), entro i quali l'interpretazione della giurisprudenza romana vaglia la tenuta del concetto, ne comporta ampliamenti e delimitazioni[86].

tecnicizzazione di *fructus* è presupposta dal formulario contrattuale contenuto in Cat. *De agri cult.* 150, sulla vendita del frutto delle pecore (lana, latte, nuovi nati). Tali perplessità, che peraltro toccano deduzioni di cornice della ricostruzione dello Zuccotti, non coinvolgono, al contrario, la tesi centrale dell'A., quella cioè relativa alla nozione tecnica di *fruges*. Essa mantiene una sua coerenza - e questo è senz'altro significativo - anche ipotizzando una risalente tecnicizzazione della nozione di *fructus*, la quale ultima, a differenza appunto di *fruges*, *glans* e *baca*, si presta, già in età decemvirale, a contenere altre forme di prodotto naturale oltre a quelle che tali termini indicano, e ad ampliare nella *interpretatio* alle XII Tavole il suo significato, fino a diventare il termine di riferimento del concetto romano di «frutto».

[86] Ciò mi sembra in sintonia con quanto di recente L. Aliffi, Fructus *nel lessico giuridico* cit., dalla angolatura della «storia della parola», ha rilevato: il latino giuridico risolverebbe «l'iniziale mancanza di specificità attraverso un complesso processo di semantizzazione contestuale mediata da ricorrenti associazioni nominali e verbali» permettendo a *fructus* «di esprimere, pur nella varietà dei referenti, la sua funzione connotativa e tecnica» (p. 249). Tali associazioni nominali, aggettivali e verbali vengono quindi elencate in base al tipo di associazione (attributiva, sinonimica, oppositiva) o in base al tipo di problema giuridico che coinvolge la categoria (raccolta e conservazione dei frutti, possesso, stima, guadagno, perdita) (pp. 249-257). In conclusione, per l'A. non sarebbe «possibile ricondurre *fructus* ad un concetto unitario e che, anzi, per comprenderne la molteplicità dei valori interni, mediati.... proprio dall'assenza di specificazione, non si può prescindere dalla storia dell'evoluzione semantica del termine e dalla sua contestualizzazione» (p. 258). Questa «storia dell'evoluzione semantica del termine e della sua contestualizzazione» passa, a mio modo di vedere, inevitabilmente per le nozioni e le concezioni ad esse sottese che i giuristi romani - quali principali protagonisti della formazione e dell'adeguamento nel tempo del lessico giuridico - hanno, mano a mano, espresso, tenendo in debito conto vuoi delle varie forme di produzione che storicamente si sono via via succedute, vuoi della necessaria contestualizzazione giuridica dell'uso che loro fanno del termine entro gli istituti coinvolti (restituzione processuale, usufrutto, restituzione della dote, possesso, disposizioni testamentarie ecc. ecc.).



CAPITOLO I

# LEGGE DELLE XII TAVOLE E *INTERPRETATIO* PONTIFICALE: L'ORIGINARIA CONCEZIONE «NATURALISTICA» DI FRUTTO COME COSA NUOVA CHE NASCE DALLA COSA-MADRE

SOMMARIO: 1. I segni e i limiti del campo semantico relativo al prodotto naturale in età decemvirale. 2. Derivazione di *fructus* da *frui*. 3. Nozione di *fructus* nella *lex XII tabularum* nel senso di ogni prodotto naturale della terra e del bestiame. Fissazione del *frui* nel contenuto del *meum esse*: A. La testimonianza di Festo nella quale si ricorda la disposizione decemvirale; B. Il precetto decemvirale (*tab.* 12,3): illiceità dell'appropriazione dei frutti della cosa controversa nelle more del processo da parte del possessore interinale che sia risultato soccombente; C. Importanza dell'uso di *fructus* al singolare in *tab.* 12,3 in quanto unico termine idoneo a significare ogni prodotto naturale della terra e del bestiame: *fructus* e originaria concezione naturalistica; D. Estensione al *fructus rei* del *meum esse* sulla cosa come principio innovatore del *ius Quiritium* e suo adeguamento nella Legge delle XII Tavole all'ipotesi dei frutti percepiti dal possessore interinale durante il processo. 4. *Fructus* nella *interpretatio* pontificale alle XII Tavole: A. Resistenza della concezione naturalistica di frutto nella *l.a. sacr. in rem* e suo superamento soltanto nell'àmbito della rivendica con *formula petitoria*; B. La giustapposizione alle *fruges* dei *fructus* nell'*interpretatio* alla Legge delle XII Tavole ed importanza dell'endiadi *fruges fructusque*; C. *Glans* come *omnis fructus ex arbore* nella *interpretatio* alla Legge delle XII Tavole. 5. Conclusioni: indizi della esistenza predecemvirale di una nozione naturalistica di frutto che affonda le sue origini nel *frui* della terra e del bestiame della *gens* e della terra pubblica. Nuova prospettiva innestata dal *meum esse* e sua rilevanza per la fattispecie regolata in *tab.*12,3. Affinamento nella interpretazione alle XII tavole della nozione di *fructus*, che ne importa la verifica in relazione ad altri prodotti naturali, con l'evidenziazione di una loro attrazione.

## 1. *I segni e i limiti del campo semantico relativo al prodotto naturale in età decemvirale*

Il *Thesaurus linguae Latinae* dà come ricorrenze più antiche del termine *fructus* quelle della Legge delle XII Tavole (8, 8a e 12, 3)[1]. Il *Th.* riconosce peraltro la sovrapposizione, nella prima ricorrenza citata (*tab.*

[1] *Th. l. L.* VI, 1 (1971), col. 1374, 79-80.

8, 8a), di *fructus* al più antico *fruges* in base al confronto tra Seneca e Plinio[2].

Per i *testimonia* classici, quindi, oltre a *fructus* in *tab.* 12, 3, la Legge delle XII Tavole conteneva anche i termini di *seges* (*tab.* 8, 8b ... *NEVE ALIENAM SEGETEM PELLEXERIS*)[3], nel senso di campo seminato o di messi da raccogliere; come detto, di *fruges* (*tab.* 8, 8a: *QUI FRUGES EXCANTASSIT*), nel senso di frutti della terra coltivata (cereali, legumi); e di *glans* (*tab.* 8, 7), nel senso di frutta secca d'albero. A questi si deve aggiungere *baca* che ricorre in *formulae* sacrali contenute in leggi arcaiche insieme a *fruges* (Cic., *De leg.* II, 19: *certasque fruges certasque bacas sacerdotes publice libanto*). Ogni termine ha un proprio significato rispetto a specifici prodotti naturali della terra e degli alberi.

Questa ampia gamma di parole è coerente con le testimonianze letterarie ed archeologiche sulle condizioni economiche di Roma arcaica. Se la pastorizia è la fonte primaria di sostentamento delle comunità che si stanziano sui colli di Roma[4], si accompagna ad essa la coltura di cereali minori, come il farro, il miglio, il panico, e di legumi, come fave e piselli[5]. La frutta d'albero - salvo il

[2] *Th. l. L.* VI, 1 (1971), col. 1381, 75.

[3] Serv. *in Verg. Ecl.* 8, 99: *Atque satas alio vidi traducere messes. Magicis quibusdam artibus hoc fiebat, unde est in XII tab.* : '... '.

[4] P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Romae (1959), pp. 114 ss.; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze (1979), pp. 1 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, I, 1, Napoli (1999²), pp. 141 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Storia delle istituzioni romane arcaiche*, Roma, s.d., pp. 1 ss.; ID., in AA. VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano (1989), pp. 3 ss.; ed ora V. A. SIRAGO, *Storia agraria romana I. Fase ascensionale*, Napoli (1995), pp. 43 ss.

[5] Contro un'eccessiva mitizzazione della sola pastorizia reagisce V. A. SIRAGO, *Storia agraria romana* cit., I, pp. 43-44. Il rito di fondazione di Roma è realizzato con l'aratro, che dimostra la presenza della coltura agricola a fianco alla caccia, all'allevamento nomade e alla raccolta. Sull'antichità di questo strumento agricolo nelle comunità italiche ed in generale sulla produzione agricola nell'età arcaica vd. F. DE MARTINO, *Produzione di cereali in Roma nell'età arcaica*, in *Par. Pass.* XXXIV (1979), pp. 241 ss. [= *Diritto economia e società nel mondo romano, III. Economia e società*, in *Antiqua* 74, Napoli (1997), pp. 101 ss. ]; ID., *Ancora sulla produzione di cereali in Roma antica*, in *Par. Pass.* XXXIX (1984), pp. 241 ss. [= *Diritto economia e società* cit., III, pp. 117 ss]. Sulle tecniche arative vd. altresì le diverse fasi ricostruite da J. KOLENDO, *L'agricoltura nell'Italia romana*, Roma (1980), pp. 57 ss. Le stesse *Tabulae Iguvinae*, all'interno di formule sacrificali *ad portas*, per la *lustratio* della città, contengono la sequenza *nerf asmo, viro pequo, castruo frif* (lat. *principes sacerdotes, homines pecudes, capita fruges*): *Tabulae Iguvinae*, ed. I. DEVOTO, Romae (1940²), pp. 107 VI a 30, 32, 41, 42, pp. 118-119 *interpretatio*, dove anche i collegamenti con la cultura romana: Tib. II, 1, 1 ss. : *fruges lustramus et agros ritus ut a prisco traditus exstat avo*; Cat. *De agri cult.* 141: *[in agris lustrandis] uti sies volens propitius mihi domo familiaeque nostrae... uti tu fruges frumenta vineta virgultaque grandire beneque evenire*



*ficus*[6] - sarebbe, invece, circoscritta in origine alle *arbores glandiferae*, quindi alla frutta secca, almeno fino al VI sec. a. C., sì da giustificare la rilevanza originaria di *glans* rispetto a *pomum*.

Dall'angolatura delle forme di sostentamento, la comunità, al tempo della fondazione dell'*Urbs* (VIII sec. a. C.) conosce oltre la selvaggina catturata, il prodotto naturale del bestiame (latte, lana, carne) e quello derivante dalla raccolta dei frutti spontaneamente nati dalla terra e dagli alberi (*baca*, *glans*), fonti alimentari tipiche di comunità nomadi, anche il frutto derivante dalla coltura agricola (*fruges*), proprio invece di comunità stanziali[7].

In relazione al prodotto naturale del bestiame, invece, sembra essere assente un segno unitario, fatta salva la necessaria verifica rispetto a *fructus*.

Si deve quindi presupporre l'affinamento in età predecemvirale di termini distinti interagenti in un medesimo campo semantico, coerentemente ai prodotti naturali di sostentamento propri delle comunità laziali che fondano Roma. È, invece, tutta da chiarire la dinamica posta in essere dall'interrelazione fra essi nel coprire analoghi significati. Nelle fonti, infatti, emergono come interni alla *interpretatio* alla Legge delle XII Tavole svolgimenti interpretativi che coinvolgono *fruges* e *glans*, termini presenti sicuramente nel testo decemvirale, in relazione a *fructus*. Ciò condiziona la neces-

*sinas pastores pecuaque salva servassis.* Il BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I. Economia, parentela e società*, Torino (1976), p. 225 preferisce rendere *castruo frif* con *castra fructus*. Ciò che comunque è altamente significativo è la funzione autonoma rispetto alla terra e fondante la comunità che viene a riconoscersi al prodotto agricolo. Anche le fonti archeologiche sono a riguardo chiare; vd. ad es. la bellissima figura dell'aratore con bue del Cinerario bronzeo dalla tomba 22 della necropoli dell'Olmo Bello di Bisenzio, risalente all'VIII sec. a. C. (Roma, Museo Nazionale di Valle Giulia) e la scena di aratura contenuta nella complessa figurazione plastica, disposta sugli assi trasversali di sostegno del Carrello della tomba 2 della stessa necropoli (*ibidem*); cfr. a riguardo M. MENICHETTI, *Le aristocrazie tirreniche: aspetti iconografici*, in *Storia di Roma I. Roma in Italia*, dir. da A. MOMIGLIANO-A. SCHIAVONE, Torino (1988), pp. 75 ss., in particolare p. 89 e 90.

[6] Vd. a riguardo P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* cit., pp. 119-120; F. DE MARTINO, *Storia economica* cit., I, pp. 5-7; V. A. SIRAGO, *Storia agraria romana* cit., pp. 64-65, vd. *infra* prossimo §.

[7] Per una sintetica ma efficace ricostruzione del rapporto tra forma di produzione arcaica delle comunità che fondano il comune e strutture sociali, G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche*, Napoli (1995⁵), pp. 266-268 (economia fondata sulla raccolta e ruolo della donna); pp. 268-270 (allevamento e mutamento dei rapporti di produzione e appartenenza, mutamento che coinvolge anche la terra; processo di accumulazione e privatizzazione della ricchezza).

sità di chiarire se la ricorrenza di *fructus* in *tab.* 12, 3 secondo la testimonianza di Festo, e non delle *fruges* o della *glans*, sia attendibile e abbia una sua precisa ragion d'essere in base al tipo di problematica giuridica regolata dalla disposizione.

## 2. *Derivazione di* fructus *da* frui

> Varro *De lingua Latina*
> V, 37: *Quod segetes ferunt, fruges, a fruendo fructus.*
> V, 104: *Fructus a ferundo, res eae quas fundo et eae quae in fundo ferunt ut fruamur. Hinc declinatae fruges et frumentum, sed ea e terra.*

Per Varrone nel *De lingua Latina*, *fructus* deriverebbe da *frui*, mentre *fruges* da *ferre* (su cui vd. *infra* pp. 67 ss.). Nel primo caso si evidenzia la stretta correlazione del termine col godimento dell'uomo, mentre nel secondo si accentua più il profilo oggettivo del processo naturale. La derivazione di *fructus* da *frui* sarebbe comunque la conseguenza di un collegamento anche per *fructus* tra ciò che la terra produce (*ferre*) e la sua idoneità a soddisfare il godimento (*frui*)[8]. Varrone indica, poi, la comune derivazione anche per le *fruges* e il *frumentum*, ma coglie una differenza nella circostanza che quest'ultimi prodotti derivano esclusivamente dalla terra. Si tratta di una precisazione significativa, dato che sappiamo che *fructus* indica, oltre al prodotto naturale della terra, anche il prodotto naturale degli animali (Isid., *Orig.* 17, 6: *Fructus proprie dicuntur agrorum et arborum, quibus utimur; in animalibus vero abusive et translative vocamus fructum*), estensione già attestata nel *de agri cultura* catoniano rispetto al formulario di vendita del *fructus ovium* (C. 150).

La moderna filologia è concorde nel ritenere la parola collegata a *frui*[9]. *Quid fructum* e poi *fructus*: sia nel senso di 'condotta del fruire', sia in quello di 'cosa' acquisita col fruire[10].

[8] Come ha ben chiarito L. ALIFFI, Fructus *nel lessico giuridico* cit., pp. 245-246, questa ambiguità sarebbe un'«ambiguità apparente». Varrone non commette, cioè, «un banale errore di valutazione», ma al contrario si tratta di un «naturale equilibrio tra i due brani», fondato su «un criterio logico di causa-effetto in cui la *ratio* naturalistica di *fructus* come prodotto del *fundus* e quella economica che identifica nel termine un oggetto preciso di godimento per il soddisfacimento di un bisogno, trovano una perfetta rispondenza».

[9] *Totius latinitatis lexicon opera et studio Aegidii Forcellini*, ed. Prati 1865, pp. 149-150; p. 155; A. ERNOUT- A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris (1959⁴), p. 256; A. WALDE- J. B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg (1938³), I, pp. 552-553.

[10] M. LEUMANN, *Lateinische Laut- und Formenlehre*, I, München 1926-1928⁵ [rist. 1977], p. 354.



Bisogna, allora, accertare se la ricorrenza della parola nella Legge delle XII Tavole 12, 3[11] sia affidabile, e se essa assuma un preciso significato in relazione alla fattispecie regolata.

È cosa nota, infatti, che le parti della *lex XII tabularum* tramandate tutte indirettamente, attraverso citazioni di giuristi, grammatici, retori ecc., fanno riferimento ad un testo ammodernato dal punto di vista delle parole ivi utilizzate[12]. La registrazione del rotacismo, che la tradizione riporta ad Appio Claudio, va di pari passo con la pubblicazione (304 a. C.) da parte dello *scriba* di quest'ultimo, Gneo Flavio, delle *actiones legis*, patrimonio esclusivo dell' *interpretatio* del *collegium* dei *pontifices*. Il problema delle *interpunctiones*, cioè della divisione ortografica delle parole scritte, è elemento concorrente a questi mutamenti che coinvolgono le parole e la loro scrittura nel corso del IV sec. a. C.[13].

BACHERLER, *Fructus*, in *Thes. l. Latinae* VI, 1 fasc. II (1971), 'De actione fruendi' coll. 1375-1378; 'De rebus, quibus aliquis fruatur' coll. 1378 ss.

[11] Affermazione ricorrente nelle monografie dell'ottocento sul 'frutto', sebbene essa non venga poi approfondita dal punto di vista storico-giuridico con la stessa intensità del *partus ancillae*; vd. ad es. G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 1; L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, p. 248 (che pensa ad un significato di «Naturalproducte»); H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 211. Meno attenta al dato ed ai problemi che esso pone la dottrina del Novecento: cfr. ad es. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*⁹ cit., pp. 222-223; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 443 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*² cit., pp. 589-590; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, pp. 183 ss.; M. BRETONE, *Frutti* cit., pp. 665-666; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., pp. 189 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*² cit., I, p. 384.

[12] La lingua delle XII Tavole, sebbene con ciò si faccia riferimento al testo latino fissatosi nei *Tripertita* di S. Elio, ha suscitato l'interesse di giuristi e linguisti; cfr. ad es., oltre le precisazioni di M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, I, Leipzig (1883; rist. Aalen 1966), pp. 82 ss.; A. BERGER, *Tabulae duodecim*, in PWRE. (Zweite Reihe) IV. A2 (1932), coll. 1900 ss., in particolare coll. 1939-1941; J. GUILLEN, *El latin de las XII Tablas*, in *Helmantica. Revista de filologia clásica y hebrea*, 18 (1967), pp. 341-401; 19 (1968), pp. 43-111 (dove non si prende in esame né *fructus* né *fruges*); 193-246; 20 (1969), pp. 67-103 (dove si tratta della *vindicia*); e più di recente, F. SBORDONE, *Per la sintassi delle XII Tavole*, in *Synteleia Arangio-Ruiz* I (1964), pp. 334 ss.; G. RADKE, *Sprachliche und historische Beobachtungen zu den* leges XII tabularum, in *Sein und Werden. Festg. Von Lübtow (70. G.)* , Berlin (1970), pp. 223 ss.; G. CRIFÒ, *La legge delle XII Tavole. Osservazioni e problemi*, in ANRW. I, 2 (1972), pp. 115 ss.; in particolare pp. 132 ss.; S. BOSCHERINI, *La lingua delle XII Tavole*, in *Società e diritto dell'epoca decemvirale, Atti Copanello 1984*, Napoli (1988), pp. 45 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München (1988), pp. 290-295.

[13] Cfr. ora per un rapido ed efficace quadro del problema, P. POCCETTI, *Latino e diritto: vicende di una specularità*, in *Atti del Convegno internazionale "Il latino del diritto" (Perugia 1992)*, Roma (1994), pp. 3-37, in particolare pp. 12 ss. Sull'impossibilità di ricostruire il «testo originario delle XII Tavole» e sulla necessità di concentrarsi sul testo di esse come fissato nei *Tripertita* di Sesto Elio, vd. le precisazioni di A. GUARINO, *Una Palingenesi delle XII Tavole*, in *Index* 19

Nei *Tripertita* eliani, il testo della *lex* poneva problemi di modifica delle *litterae* e problemi di *interpunctiones verborum*. Le *legis actiones* ponevano, altresì, il problema dell'esplicazione delle sigle e delle abbreviazioni degli antichi formulari pontificali relativi al processo civile romano e delle quali possediamo un repertorio significativo attraverso i *libri iuris notarum* di Valerio Probo[14].

### 3. *Nozione di fructus nella* lex XII tabularum *nel senso di ogni prodotto naturale della terra e del bestiame. Fissazione del* frui *nel contenuto del* meum esse

#### A. *La testimonianza di Festo nella quale si ricorda la disposizione decemvirale*

La glossa di Festo appartiene alle cd. prime parti dell'opera, nelle quali Verrio Flacco avrebbe operato una risistemazione in ordine alfabetico del materiale raccolto[15]:

> Fest., *De verb. sign.* (Lindsay, 516, 24 ss.)
> *'Vindiciae' appellantur res eae, de quibus controversia est; quod potius dicitur vis*[16]*, quam fit, inter eos qui contendunt. Cato in ea, quam scribsit L. Furio de aqua: "... s praetores secundum populum vindicias dicunt". ... et Lucilius: "nemo hic vindicias neque sacra ... men veretur". De quo verbo Cincius sic ait: "Vindiciae olim dicebantur illae quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant". At Ser. Sulpicius ... iam singulariter formato vindiciam esse ait ... <q>ua de re controversia est, ab eo quod vindicatur... XII: "... ".*

(1991), pp. 225 ss.; Id., *L'enigma di fondo*, in *Index* 23 (1995), pp. 377 ss., da leggersi insieme a quanto dice L. Amirante, *Un'ipotesi di lavoro: le "sequenze" e l'ordine delle norme decemvirali*, in *Index* 20 (1992), pp. 209-210 n. 1.

[14] Relative alle *legis actiones* (FIRA II$^{2}$, 4.1-10, p. 456): ATMDO (*aio te mihi dare oportere*); QNTSQP (*quando negas, te sacramento quingenario provoco*); QNQANQN (*quando neque ais neque negas*); EIMCV (*ex iure manum consertum vocavit*); SNSQ (*si negat sacramento quaerito*); SSCSDETV (*secundum suam causam sicut dixi ecce tibi vindictam*); QIITCPAFA (*quando in iure te conspicio postulo anne far auctor*); TPRIAVPVD (*te praetor iudicem arbitrumve postulo uti des*); IDTSP (*in diem tertium sive perendinum*); ALA (*arbitrium liti aestimandae*). Sulle *notae iuris* vd. ora N. Giovè Marchioli, *Alle origini delle abbreviature latine*, Messina (1993), pp. 91 ss.

[15] Per questo tipo di problemi vd. ad es. C. O. Müller, *Praefatio* in *Festi de verborum significatione quae supersunt*, Lipsiae (1880), pp. XVI ss.; W. M. Lindsay, *Praefatio*, in *Sexti Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Lipsiae (1913), pp. III ss.; R. Reitzenstein, *Verrianische Forschungen*, Breslau (1887) (rist. Hildesheim 1966), pp. 41 ss.; e ora F. Bona, *Contributi allo studio della composizione del* 'de verborum significatu' *di Verrio Flacco*, Milano (1964), pp. 1 ss., 11 ss., 35 ss. dove altra letteratura; Id., *Alla ricerca del* 'de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione' *di C. Elio Gallo*, in BIDR. XC (1987), pp. 119 ss.; Id., *Il* 'de verborum significatu' *di Festo e le XII Tavole: gli* auctores *di Verrio Flacco*, in *Index* 20 (1992), pp. 211 ss.; A. Grandazzi, *Les mots et les choses: la composition du* De verborum significatu *de* V. Flaccus, in REL. LXIX (1991), pp. 101-123.



La prima parte esprime la scelta che, probabilmente, già Verrio Flacco aveva fatto dei possibili significati del termine *vindiciae*, essendosi peraltro documentato su varie fonti (Catone il censore, Lucilio, Cincio il grammatico e Servio Sulpicio Rufo).

Dapprima si afferma che le *vindiciae* sono le cose sulle quali vi è controversia. La frase successiva, se scegliamo *vis*, assume, oltre che l'espressione di un'immagine metaforica dello scontro processuale (*vim dicere*), rispetto allo scontro con le armi (*vim facere*), il valore di una proposta etimologica (*vindicia, vim dicere*)[17].

[16] Il manoscritto del Poliziano, che riporta con acribia gli spazi delle parti illegibili del manoscritto copiato, segna qui un'alternativa tra *vis* e *ius*. Qualche autore ha supposto *lis*. La scelta di *vis dicitur* trova, però, un collegamento in Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, XX, 10, 1 ss. Per spiegare il senso dell'espressione «*ex iure manum consertum*» che Gellio aveva rinvenuta in un verso di Ennio, dopo la consultazione di *libri* di un anonimo giurista, egli afferma di aver trovato in questi *commentarii* il senso di *manum conserere*. Il richiamo di Ennio, legato all'antica *legis actio sacramento in rem*, voleva accentuare una contrapposizione tra rivendicazioni di terre fatte *vera vi atque solida* (non quindi secondo la regola dell'*ex iure manum consertum*) e *vi civile et festucaria* (secondo il rito delle *legis actiones*). L'esercizio della *vis civilis et festucaria*, in sostanza, realizzerebbe una *vis* espressa a parole (*verbo dicere*) e non una vera e propria *vis, quae manu fieret*. La scelta di *ius* condurrebbe ad un analogo significato («affermare il proprio diritto»), ma si perderebbe l'etimologia *vindicia - vim dicere*. L'opzione *lis*, infine, sembra introdurre nel discorso un tautologico chiarimento del significato di *vindiciae*, nel senso di *res de quibus controversia est*, come *lis*. Tenendo conto, poi, della maggiore arcaicità di *vindicia* in questo significato rispetto a *lis*, sembra più probabile il *vis*. Per *vis* optano ad es. A. Bechmann, *Studie im Gebiete der* legis actio sacramento in rem, in *Festschr. Windscheid* (1889), p. 31; H. Lévy-Bruhl, *Le simulacre de combat dans le* sacramentum in rem, in *St. Bonfante* (1930), III, p. 89 n. 17; R. Santoro, *XII tab. 12. 3*, estratto da AUPA. XXX (1967), p. 7 e p. 7-8 n. 3; G. Radke, *Sprachlichen historischen Beobachtungen* cit., pp. 223 ss., in particolare pp. 231-232; B. Albanese, *Il processo privato romano delle* legis actiones, Palermo (1987), p. 74 e p. 93 n. 300; M. Marrone, *Rivendicazione (dir. rom.)*, in ED. XLI (1989), p. 4 n. 16, 5 n. 21; AA. VV., *Roman Statutes*, ed. by M. H. Crawford, London (1996), II, *Lex XII Tab.* [(M. Humbert)-M. H. Crawford-A. D. E. Lewis], pp. 555-721; in particolare p. 718. Per *lis* M. Voigt, *Die XII Tafeln* cit., II, p. 49 n. 30; M. Kaser, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz (1956$^{2}$ mit Nachträge), p. 77; C. Gioffredi, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma (1955), p. 135 n. 14. Per *ius* vd. l'edizione del Lindsay, p. 516, 26; ed ora F. D'ippolito, *Questioni decemvirali*, Napoli (1993), pp. 148 ss.; D. Flach, *Die Gesetze der frühen römischen Republik*, Darmstadt (1994), p. 202.

[17] Cfr. n. precedente.

Vediamo gli *auctores:* la prima fonte è Catone il Censore, nell'orazione *De aqua* a favore di L. Furio. Essa, pur se lacunosa, richiama la regola rispettata dai pretori e formatasi nella prassi della *l. a. sacramento in rem*, di *vindicias dicere secundum populum* nelle controversie col *populus Romanus*. Catone richiama, qui, un significato di *vindiciae* sorto nell'àmbito dell'assegnazione del possesso interinale ad una delle parti dal magistrato durante la fase *in iure* della *l. a. sacramento in rem*.

La seconda fonte, Lucilio, a sua volta lacunosa, sembrerebbe meno precisa. Ci si lamenta del costume maturato a Roma di non rispettare le *vindiciae*, i *sacra* e, secondo la comune integrazione della lacuna (Marx), la divinità (*numen*). Se, però, si accettasse l'integrazione -paleograficamente debole- proposta dallo Huschke (e seguita dal Mariotti) "*nemo hic vindicias neque sacra[m]en(ta) veretur*", allora si potrebbe cogliere un più diretto collegamento con la *l. a. sacramento in rem*.

La terza fonte alla quale si attinge è, probabilmente, il *De priscis verbis* di Cincio il grammatico[18], il quale ricorda un ulteriore significato del termine. Le *vindiciae* erano dette anticamente quelle porzioni del fondo controverso che prese dalle parti processuali, venivano portate di fronte al magistrato. Si tratta dei simboli che, per le cose immobili o difficilmente trasportabili, rappresentavano *in iure* la cosa controversa. Si esercitava l'azione sulla *pars rei*, fingendo che si trattasse di *tota res* (Gai. IV, 17; cfr. anche Aul. Gell., *Noctes Atticae*, XX, 10, 8 ss.).

Infine, con un'avversativa (*at*), si richiama l'ultima fonte di Verrio Flacco, Servio Sulpicio Rufo[19]. Il giurista repubblicano ritiene che il vero significato della parola derivasse dal singolare di essa, *vindicia,* nel senso di cosa sulla quale vi è una controversia, *ab eo quod vindicatur*, da ciò che è oggetto di *vindicari*. Quest'ultimo inciso sembra un tentativo infelice di spiegare etimologicamente l'espressione: *vindicia* da *vindicari* e non il contrario, come è invece orientata la moderna filologia. *Vindicia*, per Servio Sulpicio Rufo, è la *res* su cui le parti esercitano il loro *vindicari*, una volta quindi che su di essa si sia esercitata la duplice imposizione della *vindicta*. Solo da questo

[18] Così F. Bona, *Il* 'de verborum significatu' *di Festo e le XII Tavole: gli* auctores *di Verrio Flacco* cit., p. 221-222 e nn. 81 e 82. Nei *Grammaticae Romanae fragmenta*, (editio stereotypa editionis 1907), 1969, il Funaioli, invece, inscrisce la citazione di Cincio su '*vindiciae*' nei *fragmenta incerta*, p. 381.

[19] Sull'uso di Servio Sulpicio Rufo nell'opera di Verrio Flacco, ed in particolare sulle glosse serviane concernenti le XII Tavole, vd. ora F. Bona, *Il* 'de verborum significatu' *di Festo e le XII Tavole* cit., pp. 219-221.



momento la cosa cessa di essere una normale *res* per diventare una *res de qua controversia est,* cioè una *vindicia* nel significato più antico[20]. Lettura questa confermata dallo stesso Aulo Gellio, *Noct. Att.*, XX, 10, 7, dove si dice: «*Nam de qua <re> disceptator in iure <in re> praesenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere et in ea re sollemnibus verbis vindicare, id est vindicia*».

A questo punto, dopo una lacuna, si corrobora quest'ultimo significato richiamando la *lex XII tabularum*.

Prima di soffermare la nostra attenzione sul testo decemvirale citato, voglio trarre alcune conclusioni dal discorso svolto dagli *auctores* e dalla sua coerenza ai fini del *De verborum significatu* di Festo.

Prima parte: definizione di *vindiciae* come cose oggetto di controversia processuale. Etimologia: *vim dicere*.

Seconda parte: fonti dalle quali si vuole trarre conferma della definizione data. Catone, Cincio il grammatico, e forse Lucilio, permettono il collegamento con il *lege agere sacramento in rem*. Servio Sulpicio Rufo parla esplicitamente di *vindicare*.

In questo àmbito si coglie, però, una certa differenza di significati della parola *vindiciae*: le cose oggetto di controversia assegnate dal pretore ad una delle parti per la durata del processo (Catone) (*vindicias dicere*); le *partes rei* che, per i beni immobili o di difficile trasporto in tribunale, erano assunte dalle parti come simbolo della cosa controversa da portare di fronte al magistrato (Cincio); la stessa cosa controversa, oggetto di rivendica (Servio Sulpicio Rufo)[21].

[20] M. Voigt, *Die XII Tafeln* cit., II, p. 49.

[21] A questi, che sembrano esaurire i possibili significati della parola, si aggiunge quello ricordato da Gaio di *vindiciae* come *fructus* in Gai. IV, 16 e Gai. IV, 94 riguardo ai *praedes litis et vindiciarum* dati nella *l. a. sacramento in rem.* La contemporanea presenza di *vindicia* e *fructus* nel precetto decemvirale per indicare due entità diverse assicura, però, la posteriorità di questo significato. Così l'opinione dominante: cfr. ad es. H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris (1960), pp. 177-178; R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., p. 48; C. Gioffrèdi, *Vindiciae,* in NNDI. XX (1975), p. 831; G. Nicosia, *Il processo privato romano II. La regolamentazione decemvirale*, Torino (1986, ristampa prima ed. Catania 1984), p. 223 n. 262; B. Albanese, *Il processo privato romano* cit., p. 77; M. Marrone, *Rivendicazione* cit., p. 5 n. 21. Essa matura in un'epoca successiva agli *auctores* di Verrio Flacco e ricordati nell'epitome di Festo. Come è stato affermato, essa sarebbe legata ad un processo interpretativo che qualificando il momento della assegnazione del possesso interinale nella *l. a. sacramento in rem* come una lite nella lite, cioè una *lis vindiciarum* (Ps. Asconius *Ad Cic. in Verr.* 2, 114: *Lis vindiciarum est, cum litigatur de ea re, cuius apud praetorem incertum est quis debeat esse possessor; et ideo, qui eam tenet, dat pro praede litis et vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat nihil se deterius in possessione facturum,*

L'opzione di Festo, di seguire il significato della parola tramandato da Servio, va approfondita. Perché Festo o, cosa molto probabile già Verrio Flacco, ritengono che quello sia il significato più attendibile della parola?

Essa è chiaramente di derivazione processuale, termine tecnico dell'antico *lege agere*. La scelta del significato ricordato da Servio potrebbe essere stata dettata dalla sua maggiore *auctoritas* in materia rispetto a Lucilio e Cincio, sebbene quest'ultimo dimostri a sua volta di aver attinto ad una *interpretatio* maturata sugli sviluppi post-decemvirali della *l. a. sacramento in rem* (*vindiciae* nel rito dell'*ex iure manum consertum*; Aul. Gell., *Noct. Att.*, XX, 10, 8)[22]. Per il significato dato da Catone il censore (*vindicias dicere*), la maggior *auctoritas* di questi rispetto ad istituti antichi non farebbe prevalere il significato ricordato da Servio.

Ritengo che proprio la citazione della *lex XII tabularum* da parte di Servio Sulpicio Rufo abbia maturato in Flacco prima ed in Festo poi la convinzione a condividere il significato da questi ricordato e non gli altri[23]. Così facen-

*de qua iurgium esset, rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certare pugnam aut aestimationis, quid admittat, in sua sit hereditas, de qua contendit. Praedes ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud iudicem lis est, ne interea qui tenet diffidens causae possessionem duriorem facit, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat;* vd., a riguardo, H. Lévy-Bruhl, *op. ult. cit.*, pp. 175 ss.; G. Pugliese, *Il processo civile romano I. Le* legis actiones *Corso 1961-62*, Roma, pp. 295-298), avrebbe poi sovrapposto a questa qualifica le eventuali conseguenze della condanna del possessore interinale per la mancata restituzione della *res* e dei *fructus rei*, di cui si dava garanzia attraverso i *praedes litis et vindiciarum* prima e la *cautio pro praede litis et vindiciarum* poi nell'*agere per sponsionem*. H. Lévy-Bruhl, *op. ult. cit.*, p. 177; cfr. altresì le considerazioni di B. Albanese, *op. ult. cit.*, p. 77. Anche il Behrends, *Das Vindikationsmodell als "grundrechtliches" System der ältesten römischen Siedlungsorganisation*, in Libertas. *Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart. Symposion 80. G. Wieacker*, hrsg. O. Behrends-M. Diesselhorst, Ebelsbach (1991), pp. 1 ss., ritiene che il plurale *vindiciae* «sich... in bezug auf die Folgen durchzusetzen begann, ..., insbesondere in bezug auf die herausgebenden Früchte» (p. 24).

[22] Cfr. su questo rito «*institutum... contra duodecim tabulas*» dalla *interpretatio* pontificale, C. Gioffredi, *Diritto e processo* cit., pp. 112 ss.; M. Staszków, Vim dicere *im altrömische Prozeß*, in ZSS. 80 (1963) R. A., pp. 83 ss., in particolare pp. 103 ss.; R. Santoro, *Manu(m) conserere*, in AUPA. XXXII (1971), pp. 513 ss.; G. Nicosia, *Il processo privato romano* cit., I, pp. 108-122; II, pp. 220-221; A. Guarino, *Manum conserere*, in ANA. 34 (1985), pp. 65 ss. [=Id., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli (1994), pp. 106 ss. ]; J. G. Wolf, *Zur* legis actio sacramento in rem, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition, Symposion 75. G. Wieacker*, Ebelsbach (1985), pp. 6-9; B. Albanese, *Il processo privato romano* cit., pp. 79 ss.; M. Kaser, *Zur* legis actio sacramento in rem, in *Estudios d'Ors*, (1987), II, pp. 674 ss. [= in ZSS. 104 (1987) R. A., pp. 53 ss. ]; M. Marrone, *Rivendicazione* cit., p. 3.

[23] Dà come possibile questa eventualità il Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., p. 8 n. 8 e p. 11 n. 19.



do, in sostanza, si reintroduceva nuovamente il significato più antico di *vindicia* nel senso di cosa sulla quale si controverte, senza per questo perdere gli sviluppi semantici della parola nel corso del tempo, attraverso le citazioni di Catone, di Lucilio e di Cincio.

Se si tiene conto dell'interesse dimostrato da Servio Sulpicio Rufo per la *lex XII tabularum*[24], ritengo importante chiarire le possibili fonti a cui egli avrebbe attinto.

In base alle nostre conoscenze, i commentari al testo decemvirale nei quali Servio poteva approfondire il significato della parola ed il testo stesso erano o i *Tripertita* di Sesto Elio Peto o il commento di L. Acilio[25].

D'altronde, lo stesso Cincio il grammatico, contemporaneo di Servio Sulpicio Rufo[26], era ricorso ad una *interpretatio* legata all'*ex iure manum consertum*, cioè ad un istituto che si era sviluppato dopo le XII Tavole attraverso l'interpretazione pontificale sul *certa verba agere*. Per ricorrere ad essa il grammatico doveva avere consultato dei commentari nei quali, oltre al testo decemvirale, fossero contenute anche *interpretationes* su di esso e sulle *legis actiones*[27]. A quanto sappiamo tra i due commentari di Sesto Elio e di L. Acilio, solo i *Tripertita* soddisfacevano in pieno a queste caratteristiche (Pomp. *l. s. ench.* D. 1, 2, 2, 38).

[24] L'interesse di Servio Sulpicio Rufo al testo della *lex XII tabularum* è indubbio; a riguardo F. Bona, *Il* 'de verborum significatu' *di Festo e le XII Tavole* cit., pp. 214, 216-217, 219-221; F. D'Ippolito, *Questioni decemvirali* cit., pp. 137 ss.; Id., *Servio e le XII Tavole*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio, Atti S. Marino Gennaio 1993*, a cura di D. Mantovani, Torino (1996), pp. 29 ss.

[25] Cfr. a riguardo Cic., *De leg.* 2, 23, 59; F. D'Ippolito, *I giuristi e la città*, Napoli (1978), pp. 53 ss.; Id., *Questioni decemvirali* cit., pp. 117 ss.; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* cit., pp. 536-538; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Bari-Roma (1989³), pp. 56-57; 60; Id., *Sesto Elio e le XII Tavole*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontefici* cit., pp. 17 ss.; C. A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino (1997), pp. 152-154.

[26] Forse da identificare con il procuratore di Attico, diverse volte nominato nell'epistolario ciceroniano, cfr. U. Funaioli, *Grammaticae Romanae fragmenta* cit., pp. 371-372.

[27] Sul significato e la portata della *interpretatio* alle XII Tavole vd. ad es. G. G. Archi, *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, in ZSS. 87 (1970) R. A., pp. 1 ss., in particolare pp. 15-17 e pp. 17-18 n. 20; F. Serrao, *Interpretazione della legge (dir. rom.)*, in ED. XXII (1972), pp. 242-243; O. Behrends, *Die* fraus legis, Göttingen (1982), pp. 79 ss.; A. Burdese, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in BIDR. 91 (1988), in particolare pp. 186-190; M. Bretone, *Storia del diritto romano*³ cit., pp. 112 ss.

Per quanto riguarda Servio, invece, non possiamo dire con certezza se l'opera alla quale aveva fatto ricorso fossero proprio i *Tripertita*. Si può, però, verosimilmente pensare ad essa, in quanto opera fondamentale, *cunabula iuris* per la giurisprudenza successiva, nei quali si era non solo fissato il testo ammodernato della *lex XII tabularum*, ma altresì legato questo testo con l'*interpretatio* accumulata su di esso nei secoli precedenti.

B. *Il precetto decemvirale* (tab. 12. 3): *illiceità dell'appropriazione dei frutti dalla cosa controversa nelle more del processo da parte del possessore interinale che sia risultato soccombente*

*SI·VINDICIAM·FALSAM·TULIT·SI·VELIT·IS*
*<PRÆ>TOR·ARBITROS·TRIS·DATO·EORUM·ARBITRIO*
*<REI> FRUCTUS·DUPLIONE·DAMNUM·DECIDETO.*

Tenuto conto di quanto finora detto, ritengo altamente probabile che il testo della legge citato da Servio Sulpicio Rufo sia quello consolidatosi all'inizio del III sec. a. C., come gli arcaismi di *tris, duplio* e *decideto* farebbero pensare.

*Vindicia* è la cosa controversa: più tecnicamente è la *res* materiale su cui le parti di una *l. a. sacramento in rem* hanno già imposto reciprocamente la *vindicta*. Il *falsa*, quindi, al di là del suo effettivo significato, su cui mi soffermerò fra poco, attiene ad essa nel suo significato tecnico, e non ad un momento precedente a quello in cui la *res* diventa appunto *vindicia*. Altrimenti l'uso di *vindicia* nel precetto decemvirale non sarebbe adeguato ad indicare la fattispecie[28].

[28] L'ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., pp. 97-98, pensa ad un «atto del litigante che, di fronte all'iniziativa d'un altro soggetto che intendeva affermare il proprio potere su un determinato oggetto mobile, portava maliziosamente in tribunale - per lo svolgimento del *lege agere sacramento in rem* -, non già la cosa cui si riferiva l'avversario, ma un'altra dello stesso genere (si pensi... [a]i capi di bestiame)» (p. 98), ipotizzando in nota che il *falsa* potesse coprire anche ipotesi di «falsificazione del contrassegno» (p. 98 n. 333); vd. in questo senso, già, G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II, pp. 228 ss. Questa interpretazione mi sembra contraddetta: sia dal fatto che sia un onere dell'attore curare che venga portata davanti al magistrato la cosa giusta; sia dal significato di *vindicia* come *qua de re controversia est, ab eo quod vindicatur*, che va intesa come cosa su cui si controverte, da ciò che è oggetto di *vindicari*. Non una semplice cosa portata *in iure* sarebbe quindi *vindicia*, ma solo quella sulla quale si sia già esercitata la reciproca *vindicatio* delle parti; sia dalla formalità rituale della *vindicatio in loco et in re praesenti* davanti alle parti e al *praetor*, che se una funzione aveva, era proprio quella di dare una volta per tutte come accertata *in iure* la cosa oggetto di *vindicatio* (cfr. Aul. Gell., *Noct. Att.* XX, 10, 7). La valutazione del *falsa* aveva come parametro questo momento d'accertamento e non altro.



Come è stato riconosciuto dagli interpreti, *tulit*, sia come perfetto di *fero* che come eventuale forma arcaica del perfetto di *tollo*, può esprimere vuoi un "portare a" (*adferre*), vuoi un "portare (via) da", un "ottenere" (*auferre; tollere*).

Escluso che la condotta possa avere ad oggetto la cosa prima che questa diventi *vindicia* in senso tecnico[29], il *tulit* può riferirsi all'ottenimento del possesso interinale da parte del soccombente (*auferre*) oppure alla restituzione della cosa controversa (vista dalla prospettiva del soccombente, possessore interinale di essa durante il processo [*adferre*] o vista dall'angolatura del vincitore della lite al quale la cosa viene restituita [*auferre*]).

Per una parte della dottrina il *falsa* atterrebbe alle condizioni nelle quali la cosa controversa viene restituita al vincitore della lite. Si tratterebbe di una cosa diversa da quella sulla quale le parti hanno esercitato il *vindicari* o di una cosa controversa alterata (perché diminuita nel suo valore)[30].

A mio avviso si deve escludere senza dubbio l'interpretazione del *vindiciam falsam tulit* nel senso di «mancata restituzione». Questo significato non è affatto adeguato all'espressione *vindicia falsa*, che presuppone, come già detto, una *res de qua controversia est* come oggetto del *tulit*.

Ma anche alla restituzione manchevole non si acconcia *tab.* 12, 3. A me sembra infatti che sia un errore di prospettiva collegare a questa disposizio-

[29] Vd. nt. precedente.

[30] Il BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz (1957), pp. 127 ss., accentuando la differenza sostanziale tra una *vindicia falsa* ed una *vindicia iniusta* (seguendo in questo l'ipotesi del BUONAMICI, *Intorno ad un frammento delle XII Tavole*, in AG. XLIV [1890], p. 387) afferma che si tratterebbe di «ein ganz bestimmtes Delikt, wenn nämlich die Streitsache im Laufe der Prozeßzeit '*falsa*' (*deperita, deminuta*) geworden ist, wenn also die angebotene Restitution eine *vindicia falsa* betrifft» (p. 133). Il PUGLIESE, *Il processo privato romano* cit., I, pp. 439 ss., precisa che si tratterebbe di «un delitto commesso dal possessore interinale dopo la sentenza e relativo alla restituzione della cosa, in quanto egli, tentando di frodare il vincitore, gli avrebbe restituito una cosa diversa da quella ricevuta in possesso oppure anche (...) frutti in misura minore o di qualità diversa rispetto a quelli realmente percepiti durante il possesso interinale» (p. 441); un delitto nel quale «non era tanto l'atto di deteriorare..., quanto l'inganno consistente nel presentare come restituzione liberatoria quella di una cosa solo apparentemente uguale a quella ricevuta» (p. 441). Non prende posizione nella discussione M. P. PIAZZA, *La disciplina del falso nel diritto romano*, Padova (1991), pp. 56-70, accentuando invece alcuni risultati che in ogni caso ritiene indubitabili, e che porterebbero a vedere anche nella *falsa vindicia* «... la mutazione di una situazione di fatto in modo ed in senso contrastanti con la situazione affermata e riconosciuta come giuridicamente fondata» (p. 69). Ciò varrebbe sia nel caso in cui il *falsa* qualifica l'impossessamento interinale della cosa controversa, sia la cosa materiale mutata rispetto a quella ottenuta dal soccombente.

ne del secondo decemvirato sulla *vindicia falsa* le regole che sorreggono al tempo delle XII Tavole la mancata restituzione o la restituzione manchevole della *res de qua controversia est* da parte del soccombente. Esse devono ritenersi autonome e preesistenti a *tab.* 12, 3.

Il precetto decemvirale sulla *vindicia falsa* si applica indipendentemente dal destino della cosa controversa, anche quando il vincitore abbia ottenuto la cosa controversa[31] o quando essa sia andata distrutta durante il processo.

Questa lettura è coerente alla sanzione della *duplio fructus* di *tab.* 12, 3. In essa è sicuro soltanto il richiamo al *fructus* su cui si baserebbe la pena del *duplum*. L'integrazione della breve lacuna precedente, pur ammettendo *rei*, come io propendo a credere, non è detto che esprima il doppio della cosa e dei frutti. Essa infatti potrebbe stare ad indicare proprio il doppio del *fructus rei*[32].

Il destino della cosa controversa è cioè indipendente dalla disposizione decemvirale sulla *vindicia falsa*: vuoi che essa sia tornata nel patrimonio del vincitore della lite, vuoi che ciò non si sia verificato - per le più diverse ragioni -, *tab.* 12, 3 conserva una autonoma sfera di applicazione. Si tratta di evitare che la parte soccombente, la quale ha ottenuto dal magistrato la *possessio,* trattenga per sè eventuali frutti della cosa controversa di cui si è appropriato durante il processo.

Questo comportamento è considerato dai decemviri un atto illecito. Avallano questa interpretazione la pena nel doppio ed il *damnum decidere,* proprio anche del *furtum nec manifestum*[33].

[31] Vuoi perché la prenda personalmente dal soccombente in base alla sentenza, vuoi perché gli sia restituita; M. KASER, Vindicia falsa *und* fructus duplio, in *Iura* 13 (1962), p. 35.

[32] *Rei fructus*. È questa l'integrazione della lacuna di circa tre lettere prima di *fructus* che ha riscosso, ed a ragione, il massimo dei consensi nella letteratura più recente. Pensano però ad un asindeto R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 51 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II, pp. 203-205; B. ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., p. 95, 99. Il KASER, *Vindicia falsa* cit., pp. 22 ss.; ID., *Typisierter* 'dolus' *im altrömischen Recht*, in BIDR. 65 (1962), pp. 94-96, in un primo momento ha pensato di inserire *reus* seguendo l'edizione Müller. Questa ipotesi è in contrasto, però, con l'anfibologia del termine *reus* nelle XII Tavole; Fest., *De verb sign.* s. v. '*Reus*'. Come rileva, però, lo stesso Maestro tedesco, *'Unmittelbare Vollstreckbarkeit' und Bürgen,* in ZSS. 100 (1983) R. A., pp. 97-98, anche *rei fructus* si adatta alla sua ipotesi interpretativa, qui seguita. Il TONDO, *La semantica di* 'sacramentum' *nella sfera giudiziale*, in SDHI. 35 (1969), p. 273 segue invece l'edizione del Lindsay che propone l'integrazione <*tum*>, la quale anche è adeguata all'interpretazione qui seguita.

[33] *Lex XII tab.* 8, 16 ex Fest. *De verb. sign.* s. v. *Nec* [L. 158]; Gai. III, 90; Aul. Gell. *Noct. Att.* XI, 18, 15. L'analogia della sanzione con quella del *furtum nec manifestum* ha portato la dottrina ad approfondire gli elementi del *vindiciam falsam ferre* che potessero evocare l'idea del furto. Da



L'interpretazione che tende a collegare il delitto di *lex XII tab.* 12, 3 con i tipi di eventi garantiti dai *praedes litis et vindiciarum* nella *legis actio sacramento in rem* prima e dalla *cautio pro praede litis et vindiciarum* nell'*agere per sponsionem* poi, deve necessariamente presupporre una mancata o quantomeno manchevole restituzione della cosa controversa, venendo a forzarne l'originario àmbito di applicazione. I moderni interpreti tendono a sovrapporre, alla iniziale limitata portata della disposizione del secondo decemvirato, la disciplina unitaria che è il risultato, invece, dell'interpretazione pontificale successiva, la quale collega alla responsabilità dei *praedes* tutte le ipotesi, inizialmente distinte, di mancata restituzione dolosa o soltanto negligente ovvero fortuita, e di restituzione manchevole, nella quale viene ascritta anche l'ipotesi dell'illecita appropriazione dei frutti della cosa controversa nelle more processuali. Al contrario, invece, le regole giuridiche che in età predecemvirale tendono a risolvere il problema della mancata restituzione della cosa controversa, maturate nell'ambito della prassi predecemvirale dell'*agere sacramento in rem*, dovevano prevedere, coerentemente ad una controversia nella quale la cosa non venisse assegnata ad alcuna delle parti, che il vincitore della lite avesse il diretto potere di apprensione della cosa controversa[34]. Con l'introduzione di ipotesi di assegnazione della cosa controversa ad una delle parti, tale regola venne estesa a garantire un diretto potere di apprensione della cosa anche presso il soccombente. Il soccombente che si fosse opposto a questa forma di autotutela, sarebbe stato visto come un ladro, e quindi avrebbe subito la pena del *duplum*[35]. A questa ipotesi dovette ben presto affiancarsi, già in età predecemvirale, quella della distruzione intenzionale della cosa da parte del possessore interinale. Ciò mi sembra presupposto dalla pena del *duplum* del valore della cosa irrogata ex *tab.* 12, 4 per una particolare ipotesi di distruzione intenzionale (Gai. *l.*

un lato si è voluto interpretare il *tulit* nel senso della 'sottrazione' (*sustulit*) (così R. SANTORO, *XII Tab. 12. 3* cit., pp. 50-51) ed il *falsa* nel senso di un'assegnazione del possesso interinale estorta al pretore (così U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der* condemnatio pecuniaria, in ZSS. 68 [1951] R. A., pp. 331-332), così da individuare uno stretto legame tra i due illeciti. D'altro lato, all'interno dell'ipotesi della sanzione limitata alla *duplio fructus*, l'analogia col furto sarebbe fondata non su un'illecita appropriazione della cosa controversa, ma su un'illecita appropriazione del godimento della cosa, una particolare forma di *furtum usus*; M. KASER, *Vindicia falsa* cit., pp. 22 ss. Può anche pensarsi alla sottrazione dei frutti al *dominus* della cosa.

[34] M. KASER, *Eigentum und Besitz*² cit., pp. 73 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano* cit., I, p. 438.

[35] M. KASER, *Eigentum und Besitz*² cit., p. 75.

*VI ad XII tab.* D. 44, 6, 3), qualora il possessore interinale dedichi alla divinità la *res de qua controversia est*, cioè la *vindicia* in senso più antico. Nell'eventualità, infine, che la cosa controversa fosse perita o fosse comunque stata seriamente danneggiata, senza un dolo del soccombente, senza quindi che fosse configurabile una sua diretta responsabilità personale a riguardo, soccorreva la responsabilità dei *praedes*[36]. In età postdecemvirale, l'*interpretatio* costruisce unitariamente, nell'àmbito di quest'ultima responsabilità, tutte le questioni attinenti alla restituzione del bene controverso, nelle quali si attrae, considerandola una sua particolare manifestazione, anche l'ipotesi dell'illecita appropriazione dei frutti della cosa controversa da parte del possessore interinale risultato soccombente. I garanti diventano così *praedes litis et vindiciarum,* condizionando l'ulteriore sviluppo nel senso gaiano di garanti della cosa e dei suoi frutti (Gai. IV, 16; ed in relazione alla *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* Gai. IV, 94)[37].

È perfettamente coerente all'età decemvirale, invece, la necessità di integrare le regole giuridiche consuetudinarie in relazione ad una fattispecie diversa, quella appunto dell'appropriazione dei frutti della *vindicia* (*tab.* 12, 3).

Il *si vindiciam falsam tulit* non descrive dunque l'illecito commesso, ma coglie il suo necessario presupposto. La *vindicia* è *falsa* perché essa è stata

[36] G. Pugliese, *Il processo civile romano* cit., I, p. 439.

[37] Al di là di CTh. 4, 18, 1 (su cui *infra* pp. 357 ss.), che recupera la *duplio fructus* nell'àmbito di una riforma delle rivendiche *extraordinariae,* deboli tracce della esistenza di una pena del doppio dei frutti per i *praedes* nell'*agere sacramento in rem* si deducono dal ricordo di una pena nel doppio dei frutti nella *cautio pro praede litis et vindiciarum* nel processo centumvirale di petizione d'eredità *per sponsionem* (PS. I, 13b, 8; V, 9, 1-2; su cui *infra* pp. 341 ss.; 343 ss.). Di recente si è proposta, sviluppando l'ipotesi del Dernburg, una ricostruzione della struttura dell'*agere ex interdicto* dell' *uti possidetis* come segmento di un complesso *iter* procedurale modellato sull'antico *agere sacramento in rem*; G. Falcone, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* Uti possidetis, in AUPA. XLIV (1996), pp. 288 ss. Si potrebbe così materializzare un nuovo indizio dello sviluppo interpretativo da me ipotizzato nel testo in relazione al *vindicias dicere,* attraverso la *fructus licitatio* ricordata da Gai. IV, 166-167. Nell'*agere ex interdicto* si conserva, infatti, la natura penale della *stipulatio fructuaria* prestata dal possessore precarista al quale non sia stata, però, riconosciuta la legittimità della *possessio* nell'*agere per sponsionem*. Egli non è tenuto, infatti, soltanto a restituire una somma uguale al valore dei frutti percepiti durante il possesso interinale (*summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum*), ma una somma maggiore a titolo di pena, in ragione del fatto che, per questo lasso di tempo, ha tenuto la *possessio aliena* e la facoltà di fruizione (*sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est*).



assegnata alla parte che, avendo torto, è risultata soccombente[38]. La disposizione, invece, vuole evitare che questi si arricchisca dei frutti della cosa per-

[38] È questa l'interpretazione dominante. Vd. ad es. J. Gothofredus *Fontes quattuor juris civilis in unum collecti: Legis XII Tabularum fragmenta, quae supersunt, ordini suo restituta,* in *Ottonis thesaurus juris Romani*, Trajecti ad Rhenum (1733), III, coll. 11 ss. e coll. 145 ss.; e più di recente G. I. Luzzatto, *Procedura civile romana II. Le* legis actiones, Bologna (1948), p. 115; U. von Lübtow, *Ursprung und Entwicklung* cit., pp. 331 ss.; C. Gioffredi, *Diritto e processo* cit., pp. 138 ss.; R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 48-51; S. Tondo, *La semantica di* 'sacramentum' cit., p. 277; W. Selb, *Vom geschichtlichen Wandel der Aufgabe des* iudex *in der* legis actio, in *Gedächtnisschrift Kunkel,* (1984), pp. 391 ss., in particolare 431-432; J. Zlinszky, *Gedanken zur* legis actio sacramento in rem, in ZSS. 106 (1989) R. A., pp. 106 ss., pp. 123 ss.; K. Hackl, *Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die* in iure cessio, in ZSS. 106 (1989) R. A., pp. 152 ss., in particolare pp. 158-159; Id., *Die Haftung der im dinglichen Sakramentsprozeß unterlegenen Partei*, in Vestigia iuris Romani, *Festschr. Wesener 60. G.,* (1992), pp. 147 ss., in particolare pp. 154-158; A. Magdelain, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in RIDA. 37 (1990), pp. 197 ss., in particolare pp. 232-233; Id., *De la royauté et du droit de* Romulus *à* Sabinus, Roma (1995), pp. 133-135; O. Behrends, *Das Vindikationsmodell* cit., in *Libertas* cit., p. 23; F. D'Ippolito, *Questioni decemvirali* cit., p. 153. Si è sostenuto, contro tale ipotesi, l'inesistenza al tempo delle XII Tavole di un *vindicias dicere*; G. Nicosia, *Il processo privato romano* cit., II, pp. 218 ss.; segue il Nicosia su questo punto C. A. Cannata, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi Sanfilippo* IV (1983), pp. 162-163 n. 12. Gli argomenti portati a sostegno della tesi dal primo Autore non sono però sempre decisivi. In particolare, che il significato di *vindicias dicere* come assegnazione del possesso interinale sia posteriore a quello di *vindiciae* come simboli della cosa controversa da portare *in iure*, non esclude di per sé che al tempo delle XII Tavole vi fosse un'assegnazione della cosa controversa ad una delle parti per il tempo del processo, come dimostrerebbe il processo di Virginia (Liv. 3, 44, 11-12; Dio. Hal. 11, 30; Cic. *De rep.* 3, 32, 44) e soprattutto Pomp. D. 1, 2, 2, 24 dove si ricorda esplicitamente la regola del *vindicias dicere secundum libertatem* come un *vetus ius* 'trasfuso' da Appio Claudio il decemviro nelle XII Tavole (vd. A. Berger, *Tabulae duodecim* cit., col. 1915; sull'importanza dell'episodio rispetto al processo di libertà cfr. G. Franciosi, *Il processo di Virginia*, in *Labeo* 7 [1961], pp. 20 ss.; Id., *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli [1961], pp. 205-206; J. G. Wolf, *Die* manumissio vindicta *und der Freiheitsprozess. Ein Rekonstruktionversuch*, in *Libertas* cit., pp. 61 ss., in particolare pp. 69-70 e 70 n. 43; in relazione al possesso interinale vd., altresì, le osservazioni di F. de Marini Avonzo, *I limiti alla disponibilità della* res litigiosa *nel diritto romano,* Milano [1967], pp. 88 ss.; S. Tondo, *La semantica di* 'sacramentum' cit., p. 275; Id., *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della* manumissio vindicta, Milano [1967], pp. 43-44, pp. 58 ss.). In realtà, la necessità di negare l'esigenza di una tale assegnazione è condizionata dalla tesi sostenuta dal Nicosia, dell'inesistenza nell'età decemvirale di una bipartizione, pur solo «funzionale», del processo civile; cfr. per una critica, I. Buti, *Il* 'praetor' *e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli (1984), pp. 35 ss. e pp. 60 ss.; M. Talamanca, *Processo civile a) Diritto romano*, in ED. XXXVI (1987), pp. 22-24; M. Kaser. -K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München (1996$^{2}$), pp. 44 ss.; vd. per l'epoca decemvirale quanto sostenuto già da R. Santoro, *XII tab. 12, 3* cit., p. 82. Sulla distinzione «bipartizione funzionale» (di fronte ad un solo sog-

cepiti nelle more processuali a danno di chi è risultato poi il vero *dominus*[39]. La sanzione del doppio dei frutti della cosa è adeguata a questo scopo, perché si tratta di una loro illecita sottrazione. La lacuna nel testo di Festo, che non si può ignorare, va quindi integrata come fa la maggior parte degli autori inserendo *<rei> fructus*, ma non come asindeto, quanto piuttosto nel senso più piano di «frutto della cosa»[40]. A mio avviso non si tratta, infatti, di una specificazione «pleonastica»[41], ma al contrario necessaria, data l'originaria 'estensione' semantica di *fructus*. Qui si intende qualsiasi frutto corporale che la parte soccombente ha comunque percepito dalla cosa, a prescindere dal destino della cosa-madre stessa (sia stata restituita o meno, sia andata distrutta, sia stata consacrata alla divinità).

Si comprende così anche il *si velit is*, che rimanda non più al soggetto sottinteso del *vindiciam falsam tulit* (la parte soccombente), ma al vincitore della lite[42], al quale è rimessa l'iniziativa del procedimento per la stima della

getto: *rex, decemviri stlitibus iudicandis, praetor maximus*), «bipartizione strutturale» (di fronte a due soggetti diversi: *praetor, iudex*), vd. M. TALAMANCA, *op. ult. cit.*; B. ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., pp. 22 ss.; pp. 130 ss. Cfr. altresì M. KASER, *Zur* legis actio sacramento in rem cit., p. 65 n. 47. Il D'IPPOLITO, *op. ult. cit.*, pp. 153-157, pur riconoscendo la presenza magistratuale (*praetor maximus*), propone di integrare la lacuna con *is <q(ui) n(an)c(i)>tor*, cioè colui che risulta «danneggiato dalla *vindicia falsa* portata in giudizio» (p. 156). Dal punto di vista sostanziale questa soluzione coincide con quella da me proposta, in quanto la procedura arbitrale sarebbe condizionata all'iniziativa del vincitore della lite (per l'ipotesi del D'Ippolito, appunto, l'*is qui nancitor*); essa però o impone di considerare lo stesso vincitore della lite come soggetto dell' *arbitros dato*, cosa inverosimile, o necessariamente considera l'*arbitros tris dato* come frase autonoma con l'ellissi del soggetto (pretore o altri).

[39] Ipotesi particolarmente approfondita dal KASER, *Eigentum und Besitz*$^2$ cit., pp. 72-73; ID., *'Vindicia falsa'* cit., pp. 22 ss.; ID., *Das römische Zivilprozeßrecht*, München (1966$^1$), p. 73; sebbene il Maestro tedesco sia a riguardo più sfumato in, ID., *'Unmittelbare Vollstreckbarkeit'* cit., pp. 97-98; ID., *Zur* legis actio sacramento in rem cit., in ZSS. 104 (1987) R. A., p. 65.

[40] Semmai, coerentemente alle modalità d'uso del latino decemvirale come ricostruito dagli editori moderni, per sancire la pena del doppio della cosa e dei suoi frutti, *tab*. 12, 3 avrebbe dovuto recitare *<rei> fructusque duplione damnum decideto*, cosa però non avallata dal testo di Festo.

[41] G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II, p. 194 n. 215 (continua da p. 193).

[42] Il *si velit is* è stato variamento interpretato. Sarebbe il *praes* per G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., p. 131, 134 ss., ma in base ad un'integrazione della lacuna del testo decemvirale contraddetta dal dato paleografico; pensa al soccombente R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., 56 ss., che peraltro considera *qui vindiciam falsam tulit* il vincitore della lite: il pronome *is* eviterebbe la confusione col successivo *<prae>tor* «per cui si potrebbe pensare che sia piuttosto il pretore colui dalla cui iniziativa discende la possibilità di mettere in moto il procedimento arbitrale (*si velit praetor*)» (p. 57). Collegano il *si velit is* al vincitore della lite, invece, S. TONDO, *La semantica di*



*duplio fructus*. È il vincitore della lite che ha interesse ad attivare la procedura per la stima qualora abbia la certezza che il soccombente si sia arricchito nelle more processuali dei frutti della cosa.

Infine, il *damnum decidere*: nel senso più antico, lo «sciogliere il vincolo»[43], che evoca una responsabilità personale[44]. Il pretore, qualora il vincitore chieda la stima dei tre arbitri, scioglie il soccombente dalla sua responsabilità in caso paghi il doppio del valore dei frutti che ha illecitamente percepito durante il processo.

sacramentum cit., 275-276; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA. 27 (1980), 209; G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II, 199. L'ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., 95-96, infine, ipotizza un arcaico *stlitis praetor* corretto in un *si velit is*. Quest'ultima ipotesi eliminerebbe l'iniziativa della parte interessata al procedimento di stima dei frutti per la *duplio*, rendendolo così di automatica applicazione. Data la natura eventuale della percezione di frutti dalla cosa controversa non mi sembra che in questo modo il precetto decemvirale acquisti in chiarezza. D'altro canto, come giustamente ha notato il Santoro, proprio l'esplicitazione del soggetto del *velit* assume un preciso significato nel latino 'ellittico' delle XII Tavole. Non ritengo però che esso sia collegato alla vicinanza di *praetor*, quanto sia stato reso necessario per distinguere il soggetto sottinteso dal *si vindiciam falsam tulit* (nell'interpretazione qui seguita il convenuto soccombente) e quello al quale si rimette l'iniziativa del procedimento arbitrale (qui, il vincitore della lite).

[43] È questa la vecchia tesi del TH. MOMMSEN, *Römische Strafrecht*, Graz (1955 rist. anast. dell'ed. del 1899), p. 13 n. 1. Cfr. a riguardo la messa a punto, con citazione di fonti e bibliografia, del R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 69-75 n. 200; vd. anche B. ALBANESE, *Il processo privato romano* cit., p. 99 e n. 337; A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit* cit., p. 131; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*$^2$ cit., p. 100. Il LA ROSA, *La repressione del* furtum *in età arcaica*. Manus iniectio *e* duplione damnum decidere, Napoli (1990), pp. 7 ss., approfondendo nuovamente la questione, parla di «eliminare una soggezione» (p. 40). Questo spostamento dal vincolo alla soggezione, se vogliamo dal rapporto allo *status*, è probabilmente più coerente al modo di porsi la questione da parte degli antichi e non incide sull'interpretazione qui condivisa del soggetto che si intendeva liberare.

[44] Non si tratta, però, esclusivamente della responsabilità dei *praedes*, come è confermato da *tab*. 8, 16 sul *furtum nec manifestum*, per la quale l'integrazione relativa a *duplione damnum decidere* può ritenersi sicura data la persistenza della costruzione nella *formula* dell'*actio furti nec manifesti*. Che *tab*. 12, 3 si riferisca ai *praedes litis et vindiciarum* ipotizzano quegli autori che collegano necessariamente *tab*. 12, 3 con il regime giuridico di questi garanti: ad es. E. BETTI, *Studi sulla* litis aestimatio *del processo civile romano*, Pavia (1915), pp. 7 ss.; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana* cit., p. 115; U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung* cit., pp. 331 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo* cit., pp. 135 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., pp. 134 ss.; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 59-60; W. SELB, *Vom geschichtlichen Wandel* cit., p. 432; K. HACKL, *Die Haftung* cit., p. 156, 158; M. PENNITZ, *Der "Enteignungsfall" im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Wien-Köln-Weimar (1991), pp. 258-259; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozeßrecht*$^2$ cit., p. 100; contro una tale ipotesi ora G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II pp. 226 ss.

Una autorevole dottrina ha dubitato che nell'età decemvirale la durata del processo permettesse un tempo adeguato per cicli produttivi naturali[45]. Perciò si dovrebbe escludere una norma delle XII Tavole che espressamente regolasse questo problema ed ipotizzare una interpretazione postdecemvirale formatasi sull'allungamento dei tempi processuali (riforma della *lex Pinaria*).

Per evitare questa critica si è pensato ad un'*aestimatio* arbitrale che contenga i frutti percepiti anche prima del processo dalla parte soccombente[46].

Quest'ultima ipotesi mi sembra insostenibile: qualora, infatti, fosse stato il futuro vincitore ad ottenere il possesso interinale della cosa precedentemente posseduta dalla controparte, data l'impossibilità di ricorrere a *tab.* 12, 3, il regime avrebbe operato una ingiustificata sperequazione tra le due situazioni rispetto ai frutti percepiti dal soccombente prima del processo. Si deve quindi ammettere che *tab.* 12, 3 attenga ai soli frutti percepiti durante il processo dalla parte soccombente che ha ottenuto il possesso interinale della cosa controversa.

Non rimane che approfondire il problema della breve durata del processo in età decemvirale.

Il processo davanti al 'giudicante' (sia questi lo stesso *praetor* o altro soggetto), in base a *tab.* 1, 6-9, doveva durare normalmente un giorno. Non mancano però deroghe già in età decemvirale. Non si può ritenere la *comperendinatio* istituto sorto nella prassi postdecemvirale del *lege agere,* in quanto già la Legge delle XII Tavole dà rilevanza a cause personali delle parti o del *iudex* ritenute idonee a giustificare un rinvio[47]. La durata poteva

[45] Per il Nicosia, *Il processo privato romano* cit., II, pp. 214 ss., proprio l'«indubbio riferimento ai *fructus*», implicante un tempo produttivo definito, sarebbe fonte di un'incongruenza con la breve durata del processo al tempo delle XII Tavole, facendo cadere l'ipotesi interpretativa che collega la *vindicia falsa* ad una fase successiva alla sentenza. Anche quello dei tre giorni, come limite per il giudizio (*denuntiatio in diem tertium sive perendinum*; su cui R. Santoro, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 36 ss.), sarebbe per il Nicosia un periodo «troppo breve per poter seriamente ritenere che il sobrio legislatore decemvirale si ponesse il problema di una eventuale percezione di frutti in tale limitato periodo e si preoccupasse di comminare un'apposita pena nel doppio» (p. 217); nello stesso senso B. Albanese, *Il processo privato romano* cit., p. 76. Per il Marrone, *Rivendicazione* cit., p. 4 n. 16, la responsabilità dei *praedes* per i frutti sarebbe impensabile prima della *lex Pinaria*.

[46] A. Magdelain, *De la royauté et du droit* cit., pp. 134-135.

[47] G. Pugliese, *Il processo civile romano* cit., I, pp. 401-402. In relazione al processo dell'età decemvirale, ed in particolare rispetto all'ipotesi del Nicosia sull'assenza del pretore nel processo privato romano, vd. le precisazioni di A. Corbino, *XII tab. 2. 2 e la presenza del magistrato*



estendersi anche per permettere l'intervento dell'*auctor* richiesto dal convenuto-*mancipio accipiens* (Val. Prob. 4, 7; Cic., *Pro Caec.*, 19, 54; *Pro Mur.*, 12, 26)[48], o l'intervento dei garanti per la ricomparsa *in iure* di Virginia[49]. Infine, il giudizio secondo *iustitia* del *sacramentum* poteva avere modalità e rituali giuridico-religiosi di non automatica realizzazione[50].

D'altro canto, poi, mi sembra che accentuare il «lasso temporale» entro cui bisogna che si realizzi il ciclo produttivo[51] implicitamente consideri *tab.* 12, 3 di automatica applicazione. Al contrario, il fatto che la *datio* degli *arbitri* da parte del magistrato per l'*aestimatio* della *duplio fructus* sia rimessa all'iniziativa della parte interessata (il vincitore della lite secondo l'interpretazione qui condivisa del *si velit is*), dimostra che il meccanismo è condizionato dall'eventualità del fatto rilevante. Solo quando il soccombente abbia effettivamente percepito frutti dalla cosa controversa durante il processo e se li sia tenuti, allora il vincitore della lite attiverà la procedura ex *tab.* 12, 3.

### C. *Importanza dell'uso di* fructus *al singolare in XII 12. 3 in quanto unico termine idoneo a significare ogni prodotto naturale della terra e del bestiame:* fructus *e originaria concezione naturalistica*

Difficile dire a quali criteri si sia ispirato l'ammodernamento a cui il testo delle XII Tavole è stato sottoposto nei *Tripertita* di Sesto Elio. In particolare, nel testo tramandato dalla fonte di Servio, la parola *fructus*, nella costruzione *fructus duplione damnum decideto,* esprime un genitivo singolare. Al di là del caso imposto dalla costruzione usata, è significativo proprio

*nel processo privato romano dell'epoca decemvirale*, in *Estudios Iglesias* III (1988), pp. 1179 ss. Sul punto in generale vd. anche C. Lanza, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di diritto classico*, in BIDR. 90 [1987], pp. 467 ss.

[48] Cfr. G. Pugliese, *Il processo civile romano* cit., I, p. 288; B. Albanese, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo (1982) pp. 44-45; ed ora C. A. Cannata, *Quando in iure te conspicio*, in *Diritto e processo nella esperienza romana*, *Atti seminario torinese in memoria di G. Provera*, Napoli (1994), pp. 187 ss.

[49] Liv. 3, 44 ss. parla di *sponsores*; cfr. F. de Marini Avonzo, *I limiti della disponibilità della* res litigiosa cit., pp. 88-90. Sul *vetus ius* predecemvirale in materia vd. *supra*, p. 45 n. 38.

[50] Sul punto S. Tondo, *La semantica di* 'sacramentum' cit., pp. 249 ss.; Id., *Appunti sulla giurisprudenza pontificale*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano* cit., pp. 8 ss.; ipotizza la competenza sacerdotale a giudicare in forza dello scambio dei *sacramenta*, C. A. Cannata, *Profili istituzionali del processo privato romano I. Le* legis actiones, Torino (1980), p. 24, pp. 58-61.

[51] Vd. *supra* n. 45 a cui *adde* O. Behrends, *Das Vindikationsmodell* cit., p. 21.

l'uso del singolare. La pena era fissata «nel doppio del frutto <della cosa>» (*<rei> fructus duplione damnum decideto*).

L'uso del singolare esprime ogni possibile frutto della cosa, in altri termini tutti i frutti di essa[52]. Se teniamo conto delle *res* possibili oggetti di *legis actio sacramento in rem* fin dall'età più antica, l'uso del singolare è significativo. Si pensi solo ai frutti del *fundus* e ai frutti del singolo capo di bestiame. Con *fructus* si intendeva dire tutti i frutti della *res* oggetto di *vindicatio*[53], al di là del tipo particolare di prodotto naturale *ex re* e della sua necessaria diversità (farro, legumi = *fruges*; frutta secca d'albero e bacche all'inizio e poi ogni frutto d'albero = *glans*; lana, latte, nuovi nati dagli animali = vd. Cat. *De agri cult.* 150[54] confermato da Isid. *Orig.* 17, 6).

Tutto questo mi sembra chiarisca le ragioni della necessità di ricorrere a *fructus* e non a *fruges*, né tantomeno a *glans* o a *baca*, nella disposizione decemvirale sulla *vindicia falsa*. *Fructus* è infatti l'unico termine coerente con ogni possibile prodotto naturale delle cose oggetto di *legis actio sacramento in rem* fin dall'età decemvirale, mentre gli altri avrebbero ingiustificatamente circoscritto l'efficacia della disposizione[55].

[52] G. NICOSIA, *Il processo privato romano* cit., II, p. 174 n. 185 ritiene il significato della costruzione equivalente a *duplio fructuum*.

[53] Per il L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre von Einkommen* cit., I, p. 288, invece, esso dovrebbe esprimere solo «Baum- und Feldfrüchte», coprendo un àmbito di significati uguale a *fruges*; nello stesso senso H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., in *Jherings Jahrbücher* 42 (1901), p. 211.

[54] Cat., *De agri cult.* 150: *Fructum ovium hac lege venire oportet. in singulas casei P. IS (dimidium aridum) lacte feriis quod mulserit dimidium et praeterea lactis urnam unam. hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit, in fructum. et Kal. Iun. emptor fructu decedat; si interkalatum erit, K. Mais. agnos XXX ne amplius promittat. oves quae non peperint binae pro singuli in fructu cedent. †die† lanam et agnos vendat, menses X, ab coactore releget. porcos serarios in oves denas singulos pascat. conductor duos menses pastorem praebeat. donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.* Su questo formulario vd. problemi e letteratura citati nel mio *L'obbligazione di* praestare *e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano (1995), pp. 93 ss., a cui *adde* V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei* 'iura in re aliena' *ed il dogma del 'numero chiuso'*, Napoli (1992), p. 114; R. FIORI, *La definizione della* locatio conductio, Napoli (1999), pp. 27-28.

[55] Non concordo con lo scetticismo dello ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 34 n. 274, §37 pp. 110-111, in relazione all'attendibilità della ricorrenza di *fructus* nelle XII Tavole in base alla testimonianza di Festo. A mio avviso, proprio l'esistenza di disposizioni decemvirali attinenti a *fruges*, nel senso di *frumenta* e *legumina*, e di *glans* come frutta secca d'albero, e la necessità di ricorrere a *fructus* nell'*interpretatio* alle XII Tavole quando si sia reso necessario estendere l'applicabilità di queste disposizioni ad ogni frutto della terra e degli alberi (come lo stesso ZUCCOTTI ben mette in luce, *op. ult. cit.*, § 10-11, pp. 23 ss.), conferma come, rispetto a *tab.* 12, 3, in relazione ad ogni possibile oggetto di *legis actio sacramento in rem*, né *fruges*, né *glans*, a differenza di *fructus*, sarebbero stati adeguati.



D. *Estensione al* fructus rei *del* meum esse ex iure Quiritium *sulla cosa come principio innovatore del* ius civile *predecemvirale e suo adeguamento nella Legge delle XII Tavole all'ipotesi dei frutti percepiti dal possessore interinale durante il processo*

In età decemvirale si fa evidente, e trova espressione nell'ultima tavola, la preoccupazione di non scindere *fructus rei* e affermazione vittoriosa del *meum esse ex iure Quiritium* sulla *res*, anche quando la possibile separazione sia imposta dal magistrato con l'assegnazione della *possessio* ad uno dei litiganti, sia quindi dovuta alle regole che la *civitas* riconosce necessarie per lo svolgimento della contesa tra i privati. Questo significa che già prima delle XII Tavole *fructus* era stato considerato un elemento essenziale contenuto nel *meum esse*, inscindibile da questa appartenenza individuale della cosa. Come conseguenza si deve dedurre che il rapporto d'appartenenza che il *Quiris* afferma con il *meum esse* nella *l. a. sacramento in rem* impone la spettanza al singolo della cosa in tutta la sua potenzialità produttiva.

Perché allora si deve stabilire con una norma *ad hoc* la natura illecita dell'appropriazione del *fructus* da parte del soccombente-possessore interinale nelle more del processo?

La preoccupazione che traspare da *tab.* 12, 3 evoca un contesto dogmatico diverso da quello cui siamo abituati alla luce delle categorie classiche del *dominium* e del *frui* come 'posizione di godimento' normalmente contenuta in esso ed, invece, un panorama di regole giuridiche secondo le quali non è scontato l'acquisto dei frutti della cosa come fondato sull'estensione ad essi del *meum esse* sulla cosa stessa. *Tab.* 12, 3 presuppone la sopravvivenza e l'autonomia di regole che presiedono all'acquisto dei frutti da parte del non proprietario, in particolare colui che il magistrato ha costituito *possessor* della cosa-madre nella *l. a. sacramento in rem* (*... postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat*; Gai. IV, 16)[56], rispetto alla regola 'proprietaria' di estensione ai frutti del *meum esse* sulla cosa stessa; autonomia di regola che sopravviverebbe per il particolare rapporto fattuale che il provvedimento magistratuale costruisce tra liti-

[56] Gai. IV, 167 evoca ancora uno stretto legame tra il possesso assegnato ad una delle parti dal magistrato nell'*agere ex interdicto* per l'*uti possidetis* e la *facultas fruendi*, legame che viene contrastato proprio attraverso la *stipulatio fructuaria* di natura penale; per le «strettissime analogie tra l'*agere per sponsionem* connesso all'interdetto *U. P.* e la *legis actio sacramenti in rem*» vd. ora G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., pp. 288 ss.

gante e cosa controversa, e che la norma decemvirale contraddice fissando una innovazione. In sostanza, sebbene colui che separa dalla cosa-madre i prodotti naturali di essa lo fa in quanto possessore della stessa in base all'assegnazione del magistrato, ciononostante questa appropriazione dei frutti si considera illecita, perché in contrasto con la spettanza di essi al titolare del *meum esse*.

Ciò può trovare adeguata spiegazione nel ruolo circoscritto che inizialmente ha la forma di appartenenza individuale espressa col *meum esse* rispetto alle forme comunitarie o individuali di godimento dei beni del gruppo, e nelle regole consuetudinarie che entro queste ultime forme vengono elaborate per l'acquisto dei frutti. In particolare essa è conseguenza della considerazione autonoma del frutto dalla cosa che lo produce una volta che da essa si separi, suscettibile di un destino giuridico diverso da quello della cosa da cui si trae, in base alla preponderanza dell'attività umana necessaria per la produzione e l'apprensione del frutto.

Prendo ad es. il *fructus* dell'*ager*. Al tempo delle XII Tavole il *meum esse* sull'*ager divisus et adsignatus* è una delle forme individuali di sfruttamento dell'*ager Romanus*. Esso è per i plebei se non proprio l'unica, sicuramente la preponderante condizione di accesso al prodotto della terra, mentre per i patrizi si affianca alle forme individuali di sfruttamento dell'*ager publicus* (in particolare l'*ager occupatorius*) e alle residuali forme 'collettive' e individuali[57] di sfruttamento dell'*ager gentilicius*[58].

[57] Vd. a riguardo F. Serrao, *Diritto privato*² cit., 1, pp. 59 ss., pp. 361 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma (1994²), pp. 62 ss.

[58] Sulla originaria assenza di una organizzazione plebea in *gentes*, fondamentali sono: le argomentazioni patrizie contro l'abolizione del divieto di *conubium* con la *plebs*; il *vos [scil. patricii] solos gentes habere* di Publio Decio Mura in Liv. 10, 8, 9, la contrapposizione tra l'*ex plebe* e l'*ex patriciis gentibus* per l'accesso al consolato anche ai plebei (Aul. Gell. *Noct. Att.* XVII, 21, 27); la contrapposizione tra *stirps* e *gens* nei rispettivi argomenti della controversia ereditaria tra Claudi e Marcelli (Cic. *De orat.* 1, 39, 176). In dottrina, coerentemente alla lettura di queste fonti con i dati politici, economici, sociali e giuridici dell'epoca, vd. F. De Martino, *La* "gens", *lo Stato e le classi in Roma antica*, in *Studi Arangio-Ruiz* IV (1953), pp. 25 ss., in particolare pp. 27 ss. [= Id., *Diritto e società nell'antica Roma*, a cura di A. Dell'Agli-T. Spagnuolo Vigorita, Roma (1979), pp. 51 ss., in particolare 53 ss. ]; A. Guarino, *La rivoluzione della plebe*, Napoli (1975), pp. 56 ss.; V. Giuffrè, *Plebeii gentes non habent*, in *Labeo* 16 (1970), pp. 329 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *La terra in Roma antica*, I, Roma s. d. (ma 1981), p. 9; G. Lobrano, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milano (1982), pp. 169 ss. (che parla di «concezione genetica (patrizia) e concezione volontaristica (plebea) del *populus*»); G. Franciosi, *La plebe senza genti e il problema della* rogatio Canuleia, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia*



In età decemvirale si è all'interno di quel processo di trasformazione dei rapporti uomo-terra iniziato con l'assegnazione romulea dei *bina iugera*

*romana*, I, Napoli (1984), pp. 119 ss. *Contra* ora G. Falcone, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., pp. 174 ss. (vd. altresì in SDHI. 1996), con argomenti che, pur idonei a porre dubbi e a sollecitare riflessioni, non sembra riescano a superare la tesi dominante; vd. L. Capogrossi Colognesi, Uti possidetis *e* ager publicus, in *Labeo* 43 (1997), 445 ss.; F. Serrao, Ius *e* lex *nella dialettica costituzionale della prima repubblica,* in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, Napoli (1997), II, pp. 279 ss., in particolare pp. 304 ss.; Id., *Diritto privato*² cit., 1, pp. 390 ss.

Rispetto all'*ager publicus*, il fatto che i plebei per l'età più antica non vi accedano, mi sembra trovare una possibile e convincente spiegazione all'interno della lotta patrizio-plebea in correlazione col significato di *populus* e *publicus*. Con la caduta del *regnum* e l'avvento della *res publica*, in sostanza, si contrappongono due concezioni di *publicus*: da una parte la concezione oligarchico-patrizia che tende ad identificare il *populus*, formalmente *omnes cives,* coi *patres-patricii*, imponendo modalità di accesso alle porzioni di *ager publicus* in base alle regole tradizionali che affondavano nei più antichi *mores* gentilizi ed in quelli delle assegnazioni regie (vd. *infra* pp. 55-56 n.51). Dall'altra parte, la spinta dinamica della plebe che tende a far identificare il *populus* anche sostanzialmente con gli *omnes cives* (F. Serrao, *Diritto privato*² cit., pp. 149 ss.) il che importa una diversa concezione del *publicus;* vd. le precisazioni di G. Lobrano, *op. ult. cit.,* pp. 160 ss.; a cui aderisce G. Falcone, *op. ult. cit.,* pp. 166 ss. Ciò chiaramente non si riflette solo sul significato reale o formale di *populus-publicus*, ma comporta la coerente applicazione anche al nuovo *ager (publicus)* delle regole maturate nei *mores* patrizi in relazione alle forme di accaparramento di terra dell'età più antica (*ager gentilicius*), come ad es. la regola della effettiva capacità di coltivazione; il Falcone accentua ora, giustamente, sia questo modello consuetudinario che regola l'accesso alla terra pubblica, sia il meccanismo di controllo sullo sfruttamento della stessa, quali «istituti» che «dovevano risultare svantaggiosi per i meno abbienti»; *op. ult. cit.,* p. 207. A riguardo, mi sembra utile il collegamento con l'approfondimento dell'aporia tra la natura 'pubblica' di questa terra e la delimitazione dell'accesso ad essa a una parte dei *cives Romani* del Capogrossi Colognesi, il quale in una serie di studi, *Alcuni problemi di storia romana arcaica:* ager publicus, gentes *e clienti*, in BIDR. 83 (1980), pp. 29 ss.; Id., Ager publicus *e* ager gentilicius *nella riflessione storiografica moderna*, in *St. Sanfilippo* III (1983), pp. 71 ss. [=Id., *La terra in Roma antica* cit. I, pp. 3 ss. e 48 ss.; Id., *Proprietà e signoria*² cit., pp. 93 ss. ]; Id., Dominium *e* possessio *nell'Italia romana*, in *La proprietà e le proprietà*, *Atti Soc. Ital. Stor. del Dir.* (1985), a cura di E. Cortese, Milano (1988), pp. 141 ss.; Id., Ager publicus *e* ager privatus *dall'età arcaica al compromesso patrizio-plebeo*, in *Estudios Iglesias* II (1988), pp. 639 ss., spiega la contraddizione sopra ricordata in rapporto alle condizioni economico-sociali e allo scontro politico patrizi-plebei sulla questione della terra in Roma (così anche F. Serrao, *op. ult. cit.*, pp. 149-150 e pp. 390 ss.). In particolare, secondo il Capogrossi Colognesi, potrebbe individuarsi nella storiografia antica una sovrapposizione terminologica (che nasconde una difficoltà concettuale) della forma di appartenenza dell'*ager publicus* (*precipue* nella prospettiva dell'*ager occupatorius*) dell'età tardo-repubblicana, sulla forma arcaica di sfruttamento dell'*ager* (per lo più *gentilicius*). In sostanza, se ben comprendo, quando gli storiografi antichi parlano di *ager publicus* in relazione ai primi secoli della Repubblica, essi applicherebbero l'unico concetto a loro disposizione per descrivere un certo modo di accesso al godimento dell'*ager*. In questo modo si chiari-

rispetto alle più antiche forme di sfruttamento della stessa, momento di rilievo per l'affermazione dell'appartenenza individuale, che porterà solo molto più tardi ad una polarizzazione dei rapporti uomo-terra entro gli schemi d'appartenenza classici del *dominium* e della *possessio*[59].

In età predecemvirale ed ancora dopo la legge delle XII Tavole, non c'è dubbio che l'accesso al prodotto della terra operi solo marginalmente in termini di *meum esse*. La parte preponderante del *fructus* proviene dalla terra della *gens* e dalla terra pubblica, occupata dai *patres-patricii*, l'accesso alla quale non è legittimato da una signoria individuale del *civis* su quella terra, ma dal suo essere *gentilis* o *Quiris,* parte della *gens* o del *populus* titolare di essa[60].

rebbe anche perché i plebei non chiedano, sebbene parte del popolo, la possibilità di occupare l'*ager publicus (occupatorius)*, ma chiedano l'assegnazione in proprietà quiritaria delle terre conquistate. Da un lato la sopra ricordata identificazione nella concezione aristocratica *populus-patres-patricii*, concezione avversata dai plebei. Secondo il Serrao, *op. ult. cit*., p. 151, pp. 392 ss.; Id., Ius *e* lex cit., p. 305, questa identificazione radicata nella concezione politica generale dell'epoca, avrebbe appunto espresso il principio secondo cui l'occupazione dell'*ager publicus* fosse riservata ai *patres* in quanto classe politica dirigente. In astratto, quindi, anche i plebei avrebbero avuto titolo all'occupazione, qualora fossero entrati nel Senato, fenomeno questo che si verificherà con una certa ampiezza soltanto dopo le leggi Licinie Sestie. Questa concezione aristocratica trova un parallelismo nelle argomentazioni patrizie contro l'accesso dei plebei al consolato, fondate sull'assenza di *auspicia*, *auspicia* che sono *populi*, ma che nel sistema giuridico-religioso romano erano tradizionalmente solo *patrum*; vd. a riguardo P. Catalano, *Contributo allo studio del diritto augurale*, I, Torino (1960), pp. 501-509. D'altro lato, il giudizio di buona coltivazione (la *civitas* ha interesse che il singolo *civis* non lasci infruttuosa la *portio agri publici* a lui concessa) ed ancora di più la regola, che affondava le sue origini nei *mores* gentilizi, a differenza forse di quella della *spes colendi*, della effettiva coltivazione della porzione di terra pubblica (su cui vd. oltre gli autori citati *infra* n. 61). È, quindi, per i plebei più vantaggioso un modo di divisione dell'*ager Romanus* che operi *pro capite* attraverso l'*adsignatio* e non per occupazione di terra pubblica secondo la regola del *colere fundum* o della *spes colendi*. Già il Weber, *Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht: 1891*, da *MW-Studienausgabe* I/2 a cura di J. Deininger, Tübingen (1988), p. 73, all'interno della sua nota tesi sul 'capitalismo agrario' delle origini, aveva adeguatamente messo in luce che la 'libera concorrenza' formale nell'occupazione di *ager publicus* tendeva a favorire le grandi famiglie patrizie, piuttosto che i piccoli agricoltori.

[59] Vd. a riguardo L. Capogrossi Colognesi, Dominium *e* possessio cit., pp. 161 ss.

[60] L'indagine del Lobrano, *Il potere dei tribuni* cit., pp. 137 ss.; 169 ss., ha proprio il merito di non appiattire «il divenire storico della categoria delle *res publicae*», in particolare «dell'*ager publicus*» che «dovrebbe essere meglio analizzata nel suo formarsi storico in rapporto al concetto concreto di *populus* ed alla successiva astrazione»; P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino (1974), p. 145; vd. altresì A. Burdese, *Le vicende delle forme di appartenenza e sfruttamento della terra nelle loro implicazioni politiche tra IV e III sec. a. C.,* in *Roma tra oligarchia e democrazia, Atti Copanello 1986*, Napoli (1988), p. 56 [= in BIDR. 88 (1985), p. 40].



Ciò è adeguato sia all'*ager gentilicius*, dove permangono, probabilmente, insieme a forme individuali di sfruttamento anche forme collettive di godimento e di divisione del prodotto naturale, sia all'*ager publicus*. Anche rispetto alla *portio agri publici* occupata, infatti, il rapporto uomo-terra non è mediato da un potere giuridico del singolo sulla cosa frugifera, perché l'accesso allo sfruttamento della terra è risolto sul piano dello statuto personale del singolo, che legittima una occupazione della terra secondo la misura fissata da regole consuetudinarie aventi origine, probabilmente, nei *mores* gentilizi[61]. In questi casi, in sostanza, non si pone il problema di qualificare

[61] In sostanza nella misura in cui l'occupante potesse attualmente coltivarlo o nella misura della futura capacità produttiva (*spes colendi*); Sic. Flacc. *de condic. agr*. 100, 3-6 Th. (*[Gracchus] ... intellegebat enim contrarium esse m[in]orem, maiorem modum possidere quem qui ab ipso possidente coli possit*); 101, 11-13 Th. (*singuli[s] deinde terram, nec tantum occupaverunt quod colere potuissent, sed quantum in spe<m> colendi reservavere*); 102, 9-13 Th. (*Horum ergo agrorum nullum <est> aes, nulla forma, quae publicae fidei possessoribus testimonium reddat, quoniam non ex mensuris actus unus quisque modum accepit, sed quod aut excoluit aut in spem colendi occupavit*); [Agen. Urb. ], *comm. de agr. qual.* 53, 3-8 Th. = [Hyg. ] *De cond. agr.* 115, 4-8 La. (*... et occupatorius ager dicitur eo quod in tempore occupatus est a victore populo, territis exinde fugatisque hostibus; quia non solum tantum occupabat unus quisque, quantum colere praesenti tempore poterat, sed quantum in spe colendi habuerat ambiebat*); per il Weber, *Die römische Agrargeschichte* cit., p. 72 n. 9, le due regole consuetudinarie sarebbero la conseguenza del tipo di *ager publicus*: quella sull'attuale capacità (pascolativa) e coltivativa sarebbe legata all'*ager occupaticius* (Fest. *De verb sign*. L. 193: Pauli excerpta: *occupaticius ager dicitur qui desertus a cultoribus frequentari propriis, ab aliis occupatur*), e poi estesa anche all'«Okkupation eroberten Landes gegen Ertragsquoten», in quanto nel primo caso essa è diretta conseguenza del potere di ingresso che si riconosce al nuovo occupante; nel secondo caso essa sarebbe condizionata dall'interesse del *populus* alla decima calcolata sull'effettiva estensione di terra coltivata. La regola della *spes colendi*, al contrario, si ricollegherebbe, per il Weber, al normale *ager arcifinius*. Gli autori più recenti sono invece propensi a rileggere le due regole consuetudinarie sul *modus* di occupabilità di *ager publicus* in chiave diacronica, sebbene con posizioni differenziate rispetto al momento storico di emersione del più ampio *mos* relativo al *modus occupandi*; così ad es. il Tibiletti, *Il possesso dell'*ager publicus *e le norme* de modo agrorum *sino ai Gracchi*, in *Athenaeum* 26 (1948), p. 223; A. Burdese, *Studi sull'*ager publicus, Torino (1952), pp. 49 ss.; L. Labruna, Vim fieri veto. *Alle radici di una ideologia*, Napoli (1971), pp. 236 ss., p. 237 n. 375 = Id., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*, Napoli (1986), pp. 92 ss. Le due regole rifletterebbero due epoche diverse anche per il Serrao, *Lotte per la terra e per la casa a Roma dal 485 al 441 a. C.,* in *Legge e società nella repubblica romana*, Napoli (1981), I, p. 126 n. 185; Id., *Diritto privato*[2] cit., I, pp. 150-151, pp. 392-395; Id., Ius *e* lex cit., p. 308; la prima risalirebbe «ad un periodo in cui il territorio della città non doveva essere molto vasto in proporzione alla popolazione»; la seconda «dovette invece affermarsi in un'epoca in cui la disponibilità di *ager* era aumentata»; aderiscono alla tesi dominante anche G. Nicosia, *Il possesso I. Corso di dir. rom. 1995-1996*, Catania (1997), pp. 43-44; G.

il tipo di rapporto che lega l'uomo alla terra che produce i frutti, perché esso è intrinseco all'essere Quirite (per l'*ager publicus*)[62], che come tale dà diritto di occupare una parte di terra pubblica, secondo regole prestabilite, e di appropriarsi del prodotto della stessa[63]. Quando, in età tardo-repubblicana, si guarda anche al possesso degli *agri publici* con una prospettiva eminentemente legata all'appartenenza, si perde la possibilità di cogliere nella sua esatta natura la configurazione giuridica del fenomeno, e se ne accentua essenzialmente l'aspetto fattuale dell'impossessamento, adattando al suo contenuto le categorie che più si ritengono esprimere il rapporto cittadino – porzione di terra pubblica occupata (*uti frui habere possidere*). In relazione ai *pecudes*, si deve pensare peraltro ad una maggiore risalenza dell'affermazione del *meum esse* nei confronti delle più antiche forme di allevamento delle *gentes*.

FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., pp. 190 ss. Un interesse all'effettiva coltivazione si può ipotizzare anche nell'àmbito dell'*ager gentilicius* qualora si accetti la progressiva differenziazione in esso di «campi destinati allo sfruttamento agricolo e di pertinenza delle singole famiglie nucleari dei gentili», accanto ad «aree utilizzate in comune», ipotizzata dal CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e signoria*[2] cit., p. 65. Ora, il MANTOVANI, *L'occupazione dell'*ager publicus *e le sue regole prima del 367 a. C.*, in *Athenaeum* 85 (1997), pp. 575 ss., dubita dell'esistenza della prima regola, attraverso esegesi stringenti delle testimonianze più importanti in materia. A me sembra che la tesi sostenuta, se indubbiamente chiarisce il senso ed il contesto delle testimonianze esaminate, non intacca nella sostanza l'esistenza, oramai desueta al tempo in cui scrivono i gromatici, del *modus* originario costruito sul *colere fundum*. Il contrappunto tra i due criteri, altrimenti, sebbene poi sciolto a favore della *spes colendi*, sarebbe vuoto di senso per i contemporanei. Non è un caso peraltro che quando si passi a regole per l'assegnazione premiale in 'proprietà' individuale di lotti di terreno a cittadini che si siano particolarmente contraddistinti nella difesa della *civitas* (Orazio Coclite: Liv. 2, 10, 12; Dio. Hal. 5, 25, 2; Muzio Scevola: Liv. 2, 13, 5), la misura di terra data al cittadino non sia condizionata dalla coltivazione (sia in termini attuali che di potenzialità future), ma dal *circumarare*, cioè dalla delimitazione del confine, realizzata attraverso il solco arativo che il beneficiario fosse riuscito a tracciare in un giorno; vd. a riguardo G. FALCONE, *op. ult. cit.*, pp. 200-201.

[62] La precisazione del CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà* cit., p. 19-20: « Una tradizione assolutamente unanime riferisce, com'è noto, che la sola porzione sulla quale spettava al soggetto un'affermazione di potere, un'appartenenza piena, era costituita dall'*ager divisus et adsignatus*... Sul resto del territorio era attribuita al soggetto una facoltà di sfruttamento, legata ad una disponibilità di fatto, teoricamente revocabile», coglie bene nella prima parte il senso di novità del *meum esse*, sebbene nella seconda parte l'A. sembri condizionato dalla prospettiva dell'appartenenza, con la conseguente accentuazione del solo momento dell' 'effettività'. Quest'ultimo, riflesso nell'impossessamento di una certa porzione di terreno, comunque legittimato dal rispetto dei *mores* relativi al *modus occupandi* (vd. ora F. SERRAO, Ius *e* lex cit., p. 305), è certamente necessario per esercitare la facoltà di sfruttamento, ma essa ha la sua condizione primaria nello *status* di gentile o di Quirite.

[63] Riguardo allo stesso significato dell'impossessamento realizzato con l'*occupatio*,



Il *meum esse* su un animale o su una *portio* di *ager* comporta, comunque, un ribaltamento della priorità del rapporto uomo-*res*, su quello uomo-comunità[64], e ciò anche rispetto all'appropriazione del *fructus*. Il *fructus* in questo caso è percepito dal *Quiris* in conseguenza del *meum esse* sull'animale o sulla particolare porzione di *ager Romanus divisus et adsignatus* da cui il frutto si trae, facendo maturare l'idea che il frutto sia 'mio' perché proviene dal bestiame o dalla terra di cui posso predicare il *meum esse*[65], e non perché prodotto dal mio lavoro.

Una volta stabilita la possibilità di un rapporto esclusivo e diretto cittadino-*res* in termini di 'potere' individuale che il primo esercita sulla seconda[66], *fructus* e *res*, seppure separati e concettualmente autonomi, divengono inscindibili nella prospettiva del contenuto del potere giuridico che si esercita sulla cosa-madre in termini di *meum esse*. Il *frui*, in sostanza, diviene essenziale contenuto del *meum esse*. Questo legame tra frutto e cosa da cui nasce è affermato come inscindibile già in età predecemvirale, ed è elemento innovativo del rapporto d'appartenenza di *meum esse*, rispetto alle precedenti forme di accaparramento delle risorse. Esso, infatti, fonda l'acquisto dei frutti su un'estensione della signoria individuale sulla cosa-madre.

D'altro canto, entro le forme di sfruttamento della terra pubblica e della terra e del bestiame delle *gentes*, il ruolo ed il significato del lavoro necessario per la produzione e l'apprensione del frutto (non semplicemente quindi la coltura agricola, ma immaginiamo anche la caccia, l'allevamento e l'attività di raccolta dei frutti spontanei) è preponderante. Ciò trova conferma

chiarificatrici le parole del SERRAO, Ius *e* lex cit., pp. 304 ss., il quale accentua come «l'occupazione secondo i *mores* fa sì che essa si consideri avvenuta *iure*, dando luogo alla *possessio* (che quindi è sì una situazione di fatto, ma realizzatasi *iure*)» (p. 305).

[64] Ma non una sua assenza di significato, il che impone di precisare anche rispetto al *meum esse ex iure Quiritium* l'uso della categoria moderna di 'proprietà privata'; vd. a riguardo P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites* cit., p. 148 e p. 153.

[65] Vd. la qualifica di *aliena* della *seges* in *tab.* 8, 8b: *si segetem alienam pellexeris*. A riguardo O. BEHRENDS, *Bodenheit und privates Bodeneigentum im Grenzwesen Roms*, in *Die römische Feldmeßkunst*, hrsg. O. BEHRENDS-L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Göttingen (1992), p. 227 n. 98.

[66] Problema diverso e non in questa sede affrontabile, è la possibilità che il *meum esse ex iure Quiritium* si sia originariamente limitato ad alcune cose mobili del *pater familias*, e che l'assegnazione romulea *viritim* dei *bina iugera* sia stata attratta in questo schema concettuale solo dopo un processo interpretativo realizzato dai *pontifices*. Di un tale possibile sviluppo potrebbe rimanere un indizio nella inclusione posteriore dei fondi nelle *res mancipi*, questione intrecciata con l'intrasmissibilità originaria *inter vivos* dell'*heredium*; su questo tipo di problemi vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (dir. rom.)*, in ED. XXXVII (1988), pp. 170-171.

nell'importanza centrale che viene riconosciuta all'attività di lavoro dell'uomo nelle antiche regole consuetudinarie che fissano la quantità di terra pubblica che il Quirite può occupare[67].

La prima apparizione della categoria di *fructus rei* nelle fonti a nostra disposizione (*tab.* 12, 3 in base a Fest. *De verb sign.* vindiciae L. 516) induce a credere che essa tragga origine entro rapporti diversi da quelli fra 'proprietario' e terzo. Si tratta probabilmente dell'affinamento concettuale realizzatosi sui prodotti naturali, spontanei o dovuti alla coltivazione e all'allevamento, dell'*ager* e del bestiame delle *gentes*, e dell'*ager publicus*, che affonda le sue radici nei più antichi *mores* gentilizi e cittadini. Al *frui* di queste cose si ha diritto perché gentili o perché Quiriti.

La disposizione del secondo decemvirato è altresì l'indizio dell'inadeguatezza delle regole maturate in queste costumanze per l'acquisto dei frutti, dal momento in cui ci si pone entro la prospettiva del *meum esse.* Nel *ius civile* predecemvirale matura una diversa regola adeguata alla nuova forma di appartenenza individuale. I frutti si acquistano come estensione del potere individuale affermato sulla cosa-madre (*ager divisus et adsignatus* o singolo capo di bestiame). Il *frui* diventa un contenuto essenziale del *meum esse. Tab.* 12, 3 è un momento di verifica di questa regola in relazione ad un'ipotesi specifica: quella dell'appropriazione dei frutti della cosa controversa nella *legis actio sacramento in rem* da parte del possessore interinale risultato poi soccombente. Questo comportamento realizza un' illecita appropriazione dei frutti, sebbene il possesso sulla cosa-madre sia fondato sull'assegnazione magistratuale. Si afferma l'inscindibilità tra *fructus* e *res* nella prospettiva del *meum esse*, anche in relazione a questa particolare ipotesi.

Su *tab.* 12. 3 si fonda l'*interpretatio* pontificale sulla parola *fructus* rispetto ai diversi prodotti naturali *ex re,* perché dalla disposizione decemvirale trae origine uno svolgimento interpretativo adeguato anche a nuove pretese fatte valere dal vincitore della lite, che ha coinvolto il termine in rapporto alle possibili cose oggetto di *l. a. sacramento in rem*. Si pensi soltanto al *fructus hominis.* Questo sviluppo emerge come legato alla tradizione dell'*interpretatio* delle XII Tavole ancora al tempo di Gaio (D. 22, 1, 19)[68].

[67] Per l'accentuazione dello stretto collegamento per l'*ager publicus* fra occupazione e coltivazione della terra vd. M. WEBER, *Die römische Agrargeschichte* cit., p. 68; e più di recente M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., p. 317 (in chiave essenzialmente economica); G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., p. 199 (come espressione della «concezione arcaica del 'potere' quale vicenda dinamico-fattuale che si fonda e si mantiene attraverso il suo concreto esercizio»).

[68] M. KASER, *Vindicia falsa* cit., p. 44 e n. 58.



### 3. Fructus *nella* interpretatio *pontificale alle XII Tavole*

A. *Resistenza della concezione naturalistica di frutto nella* legis actio sacramento in rem *e suo superamento soltanto nell'àmbito del* restituere *nella rivendica con* formula petitoria *(D. 22, 1, 19 pr. -1)*

> Gai. *libro sexto ad legem XII tabularum* D. 22, 1, 19 pr.
> *Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor. quid enim si argentum aut vestimentum aliamve similem rem, quid praeterea si usum fructum aut nudam proprietatem, cum alienus usus fructus sit, petierit? Neque enim nudae proprietatis, quod ad proprietatis nomen attinet, fructus ullus intellegi potest, neque usus fructus rursus fructus eleganter commutabitur. quid igitur, si nuda proprietas petita sit? ex quo perdiderit fructuarius usum fructum, aestimabuntur in petitione fructus. item si usus fructus petitus sit, Proculus ait in fructus perceptos condemnari. praeterea Gallus Aelius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, qu<ae> locata ea re mercedis nomine capi potueri<n>t. 1. Iter quoque et actus si petitus sit, vix est ut fructus ulli possint aestimari, nisi si quis commodum in fructibus numeraret, quod habiturus esset petitor, si statim eo tempore quo petisset ire agere non prohiberetur: quod admittendum est.*

Prima di affrontare l'esegesi del passo gaiano, ritengo si debba precisare il suo rapporto con la *lex XII tab.* 12. 3[69].

[69] Solitamente, il rapporto tra Fest. *De verb. sign.*, s. v. '*vindiciae*' e D. 22, 1, 19 pr. - 1 è servito per la collocazione della disposizione decemvirale nella dodicesima tavola della *lex XII tabularum*, sull'assunto in base al quale Gaio, nel suo commentario in 6 libri, dedicherebbe ogni libro a 2 tavole; cfr. ad es. JAC. GOTHOFREDUS, *Fontes quattuor juris civilis* cit., in *OTTONIS Thesaurus* cit., III, coll. 11 ss., in particolare col. 19 e coll. 145 ss.; H. E. DIRKSEN, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Texts des Zwölf-Tafeln-Kommentars*, Lipsiae (1824), pp. 12-14; 108-112; M. VOIGT, *Die XII Tafeln* cit., I, pp. 57-58 e p. 737; A. ZOCCO-ROSA, *Il commento di Gaio alla legge delle XII Tavole*, in RISG 5 (1888), pp. 193 ss.; 195 e n. 8; F. BUONAMICI, *Intorno ad un frammento delle XII Tavole* cit., in AG. XLIV (1890), p. 390; K. G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*[7], ed. O. GRADENWITZ, Tübingen (1909; rist. Aalen 1969), p. 39; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, Leipzig (1888), p. 12-13 e n. 29; M. LAURIA, *Ius Romanum*, I, 1, Napoli (1963), p. 22; S. MORGESE, *Appunti su Gaio* ad legem duodecim tabularum, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano (1981), pp. 109 ss., 114-115; O. DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, in *Index* 18 (1990), pp. 403 ss.; ID., *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari (1992), pp. 49 ss.; F. D'IPPOLITO, *Gaio e le XII Tavole*, in *Index* 20 (1992), pp. 279 ss.; ID., *Questioni*

Come si evince dal "*Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor*", Gaio tratta della rivendica con *formula petitoria* e quindi del contenuto del *restituere*[70]. Lo conferma la terminologia *res petitae*, *condemnatio* e *possessor*. Da questo punto di vista, il fatto che Gaio sia qui nel sesto libro del suo commento alle XII Tavole, oltre ad evocare un possibile legame con la *legis actio sacramento in rem* e con *tab.* 12. 3, non ne circostanzia la portata[71]. Da un lato, infatti, Gaio sta parlando della *condemnatio* formulare della *rei vindicatio*, nel valore di *res et fructus*[72], mentre la disposizione in tema di *vindicia falsa*, almeno nell'interpretazione qui condivisa, vede la condanna alla *duplio fructus* come conseguenza della percezione di frutti dalla cosa controversa durante il possesso interinale da parte del soccombente in una *legis actio sacramento in rem*. Certamente, il fatto che in caso di *vindicia falsa* gli arbitri dati dal pretore stimassero il frutto della cosa percepito illeci-

*decemvirali* cit., pp. 158 ss.; D. FLACH, *Die Gesetze* cit., pp. 202-204. Per la datazione dell'opera, l'HONORÉ, *Gaius*, Oxford (1962), p. 68, pensa agli anni tra il 150 e il 154 d. C., in base alla citazione di Giuliano in D. 48, 5, 40.

[70] In questo senso vd. A. R. HERDLITCZKA, *Die Bedeutung des Besitzes für die Verurteilung des Vindikationsbeklagten im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 49 (1929) R. A., pp. 274 ss., in particolare p. 281 e n. 1; M. KASER, Restituere *als Prozessgegenstand*, München (1968$^2$), p. 10, 17-18, (Nachträge) p. 196; ID., *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars*, in *Studi Scherillo* I (1972), pp. 415-418; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den* actiones in rem, in ZSS. 98 (1981) R. A., p. 128 e n. 197; M. LAURIA, *Ius Romanum* cit., p. 48; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., p. 55; A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Aalen (1984, reprint ed. Oxford 1968), pp. 98-99; A. RODGER, Actio confessoria *and* actio negatoria, in ZSS. 88 (1971) R. A., pp. 204 ss.; M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., pp. 21-22 e n. 119; R. FIORI, *La definizione della* locatio conductio cit., p. 46.

[71] Riguardo ai *libri ad duodecim tabularum* di Gaio, si parla solitamente di interesse alle parole della legge, alla sua *interpretatio* e agli sviluppi successivi, fino al diritto a lui contemporaneo. Proprio l'interesse storico fondato sull'affermazione di principio di D. 1, 2, 1 (cfr. a riguardo F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo,* in *Labeo* 12 [1966], pp. 7 ss., in particolare pp. 15 ss.; = *Giuristi adrianei*, Napoli [1980], pp. 158 ss.; F. GALLO, *La storia in Gaio,* in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano [1981], pp. 89 ss.; S. SCHIPANI, Principia iuris. Potissima pars principium est. *Principi generali del diritto*, in *Studi Gallo* III [1997], pp. 631 ss., in particolare 649 ss. [ID., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino (1992$^2$), pp. 83 ss.] avrebbe determinato, secondo lo SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar (1961), pp. 229-230, la fortuna dell'opera nelle scuole postclassiche; vd. sull'opera S. MORGESE, *Appunti sui Gaio* ad legem duodecim tabularum cit., 109 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole* cit., pp. 49 ss.; F. D'IPPOLITO, *Questioni decemvirali* cit., pp. 158 ss.

[72] Una autorevole ipotesi interpretativa ritiene che i compilatori, data la loro riforma in materia (C. 7, 51, 2 rispetto a CTh. 4, 18, 1 su cui vd. *infra* pp. 357 ss.), avrebbero eliminato dal Digesto ogni richiamo alla *duplio fructus*: *in <duplos> fructus condemnatur possessor* in D. 22,



tamente, per fissare la pena del doppio, doveva essere visto, all'età di Gaio, come la prima espressione di una condanna ai frutti[73].

Probabilmente è questo il legame che intreccia, nel commento gaiano, i due momenti, quello del testo decemvirale e quello della rivendica formulare, legame che affonda le sue radici nella *interpretatio* del *restituere* formulare: *'restituere' est etiam possessorem facere fructusque reddere* (Gaius *4 ad edictum provinciale* D. 50, 16, 22)[74].

Dal punto di vista terminologico, il passo rispecchia stilemi e sintassi del

1, 19 pr. e la *duplex interpretatio* dell'*ita ut fructus secundum legem aestimentur* di Ulp. *77 ad ed.* D. 10, 4, 9, 6. Di qui la valorizzazione delle testimonianze pervenute fuori dalla compilazione giustinianea (PS. 5, 9, 1; CTh. 4, 18, 1; CTh. 4, 19, 1 su cui vd. *infra* pp. 343 ss; 357 ss.; 359 ss.). In relazione a D. 22, 1, 19 pr. vd. ad es. P. PETOT, *Fructus duplio*, in *Études Girard* (1912), pp. 226-227. D'altronde non ha resistito ad una critica puntuale (M. KASER, *Vindicia falsa* cit., pp. 45 ss.) la tesi del RATTI, *Dupli fructus*, in *Studi Riccobono* II (1936), pp. 419 ss., che al contrario nega la classicità della *duplio fructus* nel processo formulare in base ad una presunta influenza su PS. 5, 9, 1 di CTh. 4, 18, 1. Proprio al KASER, *op. ult. cit.,* si deve una prudente riconsiderazione della questione. Le fonti sopra ricordate se da un lato sarebbero da interpretare entro la problematica della *fructus duplio*, d'altro lato andrebbero contestualizzate tematicamente e storicamente. È a riguardo significativo il fatto che, pur cogliendo un filo conduttore comune, il KASER (*op. ult. cit.,* pp. 38 ss.) ritenga impossibile affermare se il regime della *duplio fructus* - presente nella *legis actio sacramento in rem* in base a *lex XII tab.* 12, 3, nell'*agere per sponsionem* nell'àmbito della *cautio pro praede litis et vindiciarum* (vd. in relazione all'*actio ad exhibendum* Ulp. D. 10, 4, 9, 6 e alle cause ereditarie davanti ai centumviri; PS. 1, 13b, 8; PS. 5, 9, 1-2) e ripreso attraverso una riforma del 369 d. C., legata al clima politico sociale del tempo (CTh. 4, 19, 1) - trovasse applicazione nella rivendica con *formula petitoria.* A riguardo la riforma giustinianea di C. 7, 51, 2 non sarebbe sufficiente di per sé sola per considerare il silenzio di D. 22, 1, 19 pr. non classico. Lasciata aperta la questione, se l'originario testo di Gaio contenesse un *in <duplos> fructus*, il Kaser (*op. ult. cit.*, p. 50) propende quindi per una assenza della *duplio fructus* nella *rei vindicatio* con *formula petitoria*. Vd., altresì, G. BROGGINI, *Iudex arbiterve* cit., pp. 140-142; R. SANTORO, *XII tab. 12. 3* cit., pp. 22-24 n. 38. Sul problema vd. ora, precisando la tesi del Kaser, la chiara messa a punto di M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., p. 5 e n. 21 (*lex XII tab.* 12. 3), p. 9 n. 37 (*cautio pro praede litis vindiciarum* nell'*agere in rem per sponsionem*), pp. 21-22 e n. 119 (*rei vindicatio* con *formula petitoria*), pp. 28-29 (rivendica *extra ordinem*).

[73] Cfr. le giuste precisazioni di A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux* cit., pp. 210 ss. In generale, per il rapporto con la *condemnatio pecuniaria* U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung* cit., pp. 330 ss.; R. SANTORO, *XII Tab. 12, 3* cit., p. 55. Non vede questo possibile collegamento il BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante* IV (1930), p. 64, il quale ritiene che «il giurista non poteva parlare di *condemnatio in fructus* dal momento che i giuristi in ordine ai frutti, conformemente allo schema formulare, parlano o di *restitutio* in natura insieme alla cosa oppure di *aestimatio* unitamente alla condanna pecuniaria».

[74] Così, M. MARRONE, *Rivendicazione* cit., pp. 21-22, che accentua l'affermazione di Pomp. *16 epist.* D. 50, 16, 246: *tota restitutio iuris est interpretatio.*

giurista classico[75]. Il discorso procede con un intento dichiaratamente didattico e nello stesso tempo è vigile a non appiattire la complessità del problema discusso. La questione relativa alle cose improduttive *ex natura* di frutti (argento e vestiti) è esaminata all'interno della *rei vindicatio*. Queste cose sembrano intese da Gaio come classe (*alia similis res*), il che implica l'individuazione dell'elemento tipico di esse nella natura infrugifera. Il fatto che la soluzione di questo problema venga posposto a quello della *petitio usus fructus* e della *vindicatio nudae proprietatis*, conferma la resistenza di una concezione naturalistica di *fructus*. Solo con Elio Gallo, l'autore nel I sec. a. C. del *De verborum, quae ad ius (civile) pertinent, significatione*[76], in relazione alla rivendica con *formula petitoria*, sarebbe stato possibile cogliere un parere diverso in materia.

Nell'ipotesi della *petitio nudae proprietatis*, oggetto dell'azione è per definizione un 'bene' escluso il suo *fructus*, ciò che mi sembra emerga con chiarezza dal *quod ad proprietatis nomen attinet*. Gaio qui evoca momenti complessi relativi alla maturazione della nozione di *proprietas* , correlativa a

[75] Immotivata la critica del BESELER, *Romanistischen Studien*, in ZSS. 50 (1930) R. A., p. 20; ID., *Textkritischen Studien*, in ZSS. 53 (1933) R. A., p. 27. Sul *videamus* «frequentissimo in Gaio come introduttivo del discorso», G. NICOSIA, *Il testo di Gaio 2. 15 e la sua integrazione*, in *Labeo* 14 (1968), pp. 183-184 e n. 56. Per il GRUPE, *Die gaianische Institutionenfragmente in Justinians Digesten*, in ZSS. 16 (1895) R. A., pp. 300 ss., in particolare pp. 305-306, D. 22, 1, 19 rappresenterebbe un ulteriore esempio di differenza grammaticale e sintattica tra il Gaio del manoscritto veronese e quello tramandato nei *Digesta* di Giustiniano. A riguardo, però, ad altri l'uso dell'indicativo nelle subordinate è sembrato stilema gaiano; H. L. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von* Gai Institutiones, in *Studia Gaiana* VI, Leiden (1981), in particolare pp. 399-400.

[76] Per il BONA, *Alla ricerca del* De verborum cit., pp. 119 ss., è dubbio se Gaio abbia maneggiato direttamente l'opera eliana (pp. 125-126), utilizzata per la prima volta da Verrio Flacco in età augustea (p. 119). Sul problema della datazione di Elio Gallo, la tesi della KORNHARDT, Postliminium *in republikanischer Zeit*, in SDHI. 19 (1953), pp. 9-11, che pensa ad una sua collocazione alta (II sec. a. C.) in base a rilievi linguistici, seppure idonea a sollecitare approfondimenti (così M. BRETONE, *Manilio e il* nexum, in *Iura* 32 [1981], p. 145 e n. 8; ID., *Tecniche e ideologie*, Napoli [1984²], pp. 264-265 n. 24), non sembra suscitare consensi, vuoi perché la base induttiva presa in esame sarebbe troppo esigua (L. LABRUNA, *Vim fieri veto* cit., pp. 101-102), vuoi perché esisterebbero ragioni sostanziali di collocazione degli istituti come definiti da Elio Gallo in contesti storici non precedenti agli ultimi anni del II sec. a. C. e non successivi ai primi decenni del I sec. a. C.; vd. sul punto il riesame di G. FALCONE, *Per una datazione del* "de verborum, quae ad ius pertinent, significatione" *di Elio Gallo*, in AUPA. XLI, 1991, pp. 223 ss.; su Elio Gallo vd. altresì G. SINI, A quibus iura civibus praescribebantur. *Ricerche sui giuristi del III sec. a. C.*, Torino (1995), pp. 58-63.



quella del *fructus* come *ius in re aliena*. Anche qui, rispetto alle prime *formulae* petitorie aventi ad oggetto la sola *nuda proprietas*, alla soluzione che dovette tradursi nella regola più antica, in termini di esclusione di un *restituere* comprensivo anche dei frutti, seguì l'individuazione di ipotesi specifiche nelle quali il soccombente restituiva anche i frutti. In particolare, l'ipotesi evocata dall'*ex quo perdiderit fructuarius usum fructum, aestimabuntur in petitione fructus*, non esprime un rapporto causale tra *petitio nudae proprietatis* contro il presunto nudo proprietario e perdita dell'usufrutto, ma al contrario rimanda ad una estinzione dell'usufrutto nelle more processuali. La conseguente consolidazione di esso alla proprietà rende possibile il calcolo dei frutti dal momento della perdita dell'usufrutto (così Paul. *21 ad ed.* D. 6, 1, 33 i. f.)[77]. La condanna del convenuto, presunto nudo proprietario del bene, contiene la *restitutio* dei frutti a favore dell'attore, qualora, durante il processo, l'usufruttuario del convenuto perda il suo diritto d'usufrutto. Da questo momento, in sostanza, il convenuto sarebbe titolare del pieno godimento del bene e quindi, pur se convenuto dall'attore con *petitio nudae proprietatis*, obbligato a restituire a questi il valore della cosa e dei frutti.

L'ipotesi della *petitio usufructus* impone il chiarimento già fatto nelle *Institutiones* (Gai. II, 14) della differenza tra *fructus* (*res corporalis*) e *ius utendi fruendi* (*res incorporalis*)[78], così da facilitare la possibilità che nell'obbligo di restituzione del soccombente di tale azione si computino i frutti. A riguardo potrebbe esserci stata discussione se egli fosse tenuto ai *fructus percipiendi* o soltanto *percepti*, come ritiene Proculo.

Le questioni attinenti alla *ratio fructuum* nella *petitio usus fructus* e nella *petitio nudae proprietatis* non trovano collegamenti nella più antica *legis actio sacramento in rem* e nell'*interpretatio* del testo decemvirale. Esse presuppongono infatti la nascita dell'usufrutto e la maturazione da questo indotta della nozione di *proprietas*.

[77] *... hac ratione si nudae proprietatis dominus petierit et inter moras usus fructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem usus fructus reversus est, ratio fructuum habeatur..* Così M. KASER, *Restituere*² cit., p. 196.

[78] Per il BRETONE, *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli (1962), p. 44, la precisazione *neque usus fructus/ computabitur* sarebbe difficilmente comprensibile «se non la ritenessimo determinata dal fatto che *usufructus* oltre ad esprimere il 'godimento' (il *ius utendi fruendi*...), esprima il 'reddito' della cosa».

La citazione, da parte di Gaio, di Elio Gallo, rispetto alla rivendica di cose per natura infrugifere, ha dato problemi. Se seguiamo F, infatti, Elio Gallo avrebbe ritenuto che: *si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda [esse] <sunt>, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit*. In questo caso bisognerebbe dare al *quod* valore causale ed al *potuerit* senso impersonale. L'*haec* rimanderebbe necessariamente a *vestimenta aut scyphus*. L'*in fructu* non atterrebbe allora a ciò che si ricava locando le cose, ma al contrario alle cose oggetto di *petitio*, che possono contarsi tra le cose suscettibili di godimento fruttifero. In sostanza, Elio Gallo, seguendo la *lectio difficilior* tramandataci da F, non avrebbe detto «se si rivendichino vestiti o bicchieri, si deve contare nel frutto [scil. nei frutti], ciò che una volta locata questa cosa, potrà acquistarsi in nome della mercede». Una tale lettura sarebbe insostenibile in base al tenore della citazione di Gaio secondo F. Piuttosto: «se si rivendichino vestiti o bicchieri, queste cose si devono contare *in fructu* [cioè suscettibili di godimento], poiché si potrà percepire, una volta locata quella cosa, in nome della mercede».

A queste indubbie difficoltà si sono opposte proposte di emendazione, tra le quali quella che ha riscosso il maggior seguito è del Mommsen. Elio Gallo avrebbe allora affermato che: *si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, qu<ae> locata ea re mercedis nomine capi potueri<n>t*. In questo caso l'*haec*, correlato al successivo *quae*, indicherebbe le cose che potranno essere ricavate, una volta locata la cosa madre, *mercedis nomine*. Non c'è dubbio che in questo caso verrebbero contate nel frutto (nel senso di frutti) anche le cose che con la locazione del bene naturalmente infrugifero potranno da esso essere percepite a titolo di mercede. Vi sarebbe la consapevole affermazione di una categoria di cose che si considerano frutti di un'altra cosa perché da essa prodotte attraverso un negozio giuridico. Saremmo cioè di fronte alla prima affermazione chiara dei cd. frutti civili[79].

Se si volesse conservare la *lectio difficilior* di F, peraltro, si giungerebbe nella sostanza allo stesso risultato, in quanto è possibile riconoscere il godi-

[79] Il Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, pp. 189-190 e p. 190 n. 2 parla in questo caso di «significato metaforico ed astratto» del *fructus* e di «assimilazione generica»; per il Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 38 n. 57, *fructus* renderebbe qui il «reddito»; per il Watson, *The Law of Property* cit., p. 99, le *mercedes* sarebbero «contate come *fructus*» («to be counted as *fructus*»). Nessun fondamento ha invece la lettura dell'Honsell, Quod interest *im* bonae fidei iudicium. *Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München (1969), p. 10, che pensa a *mercedes percipiendae* e non *perceptae*.



mento su beni naturalmente infrugiferi, proprio perché essi sono suscettibili, se locati, di produrre reddito a titolo di mercede.

Il dato è coerente con la concretizzazione nell'*interpretatio prudentium* della regola civilistica *omnis fructus rei ad fructuarium pertinet*, quando si tratti di usufrutto di beni naturalmente infrugiferi (*Aedium usu fructu legato quicumque reditus est, ad usufructuarium pertinet quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecumque aedium sunt*; Ulp. *17 ad Sab.* D. 7, 1, 7, 1; *infra* pp. 150 ss.).

Elio Gallo opera in un periodo che, come vedremo nei prossimi capitoli, stava con difficoltà verificando la tenuta della concezione naturalistica di 'frutto' come cosa *ex ipso corpore nata* rispetto ad utilità tratte dalla cosa attraverso la mediazione di un rapporto giuridico. La sua affermazione, quindi, va letta entro una riflessione che coinvolge i giuristi tardorepubblicani.

In relazione, infine, alla *vindicatio servitutis*, relativa all'*iter* e all'*actus*, si colgono due momenti logici, conseguenze della riflessione storicamente stratificata sul punto[80]. La concezione più antica, maturata probabilmente già in caso di *legis actio sacramento in rem* esercitata per la tutela delle più antiche servitù rustiche, che nega perentoriamente l'esistenza di un *fructus* per queste servitù prediali.

Quella emersa in età successiva, con la mediazione di Labeone (D. 8, 5, 4, 2 su cui *infra* pp. 169 ss.)[81], in materia di *petitio* con *intentio negativa*, che computa nei 'frutti' il *quanti interest petitoris non uti fundi sui intinere adversarium*, cioè l''interesse' del *dominus* a che il presunto titolare di una *servitus* di *iter* non la eserciti nelle more processuali (altrove Labeone parla anche di *commodum*; Paul. *66 ad ed.* D. 43, 21, 2). Si è, cioè, all'interno di una concezione più ampia legata al concreto 'interesse' dell'attore[82].

La tesi a cui sembra aderire Gaio[83], quella appunto labeoniana, conta nel frutto proprio il *commodum petitoris* in un'*actio confessoria*, come sem-

[80] Sull'*ire agere* in D. 22, 1, 19 come esempi tratti dalla tradizione più antica delle *servitutes* vd. L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei* "iura praediorum" *nell'età repubblicana*, II, Milano (1976), p. 157 n. 83; p. 158 n. 84; A. Corbino, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano (1981), pp. 137-138.

[81] Così anche A. Rodger, *Actio confessoria* cit., in ZSS. 88 (1971) R. A., pp. 204 ss.

[82] G. Longo, *L*'hereditatis petitio, Padova (1933), pp. 228-229 parla di «larga accezione» di frutto, nel senso di «reddito economico-sociale che la cosa può assicurare» e di «utile economico, assicurati dall'esercizio della servitù al fondo».

[83] Il «*quid admittendum est*» è ἅπαξ λεγόμενον nel lessico gaiano: cfr. *Lessico di Gaio*, a cura di L. Labruna- E. De Simone- S. Di Salvo, Napoli (1985²), p. 14. Per questo, secondo G.

plice 'vantaggio-utilità' che questi trae nell'esercitare l'*ire agere* sul fondo altrui, prima di sapere giudizialmente se ne abbia o meno il diritto[84]. In questo caso si è però lontani dal concetto di *fructus* più antico, e come vedremo si è all'interno di una concezione fortemente dinamica del 'frutto' come utilità, che apre nuove prospettive in materia e nella quale si intersecano concetti come *fructus, id quod interest, commodum* (v. *infra* pp. 133 ss.).

D. 22, 1, 19 pr. -1 fa emergere un approfondimento della problematica dei frutti rispetto al *restituere* della *rei vindicatio*, della *petitio usus fructus*, della *vindicatio nudae proprietatis* e della *vindicatio servitutis*. In relazione, invece, alla antica *legis actio sacramento in rem*, il dato forse più significativo è la sicura posteriorità di queste interpretazioni estensive della nozione di frutto. Esse maturano nell'àmbito del *restituere* formulare, ascrivendovi proventi percepiti dalla cosa in base ad un rapporto giuridico (secondo Elio Gallo le cose percepite a titolo di mercede locativa, in caso di *rei vindicatio* di una *res* infrgifera) o utilità soggettive dell'attore (secondo Labeone, il *commodum petitoris* in una *vindicatio servitutis* di esercitare nelle more del processo la servitù).

Tutto questo conferma la persistenza di una nozione giuridica di "frutto" nella *legis actio sacramento in rem* caratterizzata da una concezione naturalistica.

SEGRÈ, *La clausola restitutoria nelle azioni* "de servitutibus" *e le formule delle azioni relative alla* "servitus oneris ferendi", in BIDR. 41 (1933), pp. 17 ss., in particolare p. 43 n. 2, esso sarebbe frutto di una interpolazione; così anche S. SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali*, Napoli (1949), p. 38. Forse, però, esso potrebbe essere l'indizio della difficoltà del giurista classico di prendere posizione in prima persona, difficoltà attestata in tutta la sua opera secondo il CASAVOLA, *Gaio e il suo tempo* cit., pp. 15-17 [= *Giuristi adrianei* cit., pp. 151-152], e soprattutto nelle *Institutiones* per il BRETONE, *In margine al dibattito gaiano*, in *Labeo* 12 (1966), p. 69, il quale fa riferimento proprio a D. 22, 1, 19 pr. come eccezione alla regola.

[84] Per il SEGRÈ, *La clausola restitutoria* cit., pp. 43-44, si tratterebbe di una «artificiosa denominazione per designare l'interesse all'esercizio o non esercizio della servitù, prescelta evidentemente per meglio raffigurare il parallelo coi *fructus* che vengono nella *restitutio* nelle altre *vindicationes*»; cfr. sul punto anche V. ARANGIO-RUIZ, Societas re contracta *e* communio incidens, in *Studi Riccobono* IV, p. 358 n. 3. Il SOLAZZI, *La tutela e il possesso delle servitù prediali* cit., pp. 37-38 coglie sottilmente una certa insoddisfazione del maestro classico nel riferire questa concezione di *fructus servitutis*, sciolta invece dai giustinianei con il *quod admittendum est*. Il MEDICUS, *Id quod interest*, Köln-Graz (1962), pp. 249-250 assume come significativo il confronto dogmatico tra *id quod interest, fructus* e *commodum*. Infine, per il METRO, *Fructus servitutis esse non potest?*, in *Iura* 23 (1972), pp. 104 ss., in particolare pp. 106-107, *fructus* sarebbe qui usato «in senso alquanto lato».



B. *La giustapposizione alle* fruges *dei* fructus *nell'*interpretatio *alla Legge delle XII Tavole e l'importanza dell'endiadi* fruges fructusque

Per Varrone nel *De lingua Latina*, come visto, non è sempre chiara la differenza, anche etimologica, tra *fruges* e *fructus*: la prima parola deriverebbe da *ferre*, la seconda da *frui* (*De l. L.* V, 37; vd. *supra* pp. 32 ss.)

In Festo (*De verb sign.* frux L. 81) sembrerebbe, invece, potersi collegare direttamente il più recente termine *frux*, che gli antichi chiamavano *frugis*, al *frui*[85]. *Frux* come forma recente di *frugis*, è a sua volta collegato a *fruges* (Varr. *De l. L.*, IX, 76; Prisc., *Gramm.*, III, 145, 10), forma arcaica dalla radice **frug-*[86].

La parola *fruges* significherebbe "*generatim de fructibus quae in agris nascuntur*"[87], in sostanza *frumenta et legumina*, segno non idoneo a contenere significati più ampi, come al contrario *fructus*, che esprime anche il prodotto naturale degli alberi e degli animali.

Il significato più circoscritto di *fruges* come *frumenta et legumina* trova conferma in D. 50, 16, 77 (sul passo *infra* pp. 219 ss.), dove è contenuta una definizione del termine con questo significato (*Frugem... non solum frumentis aut leguminibus*), da considerarsi, come è stato ora dimostrato, quella più antica[88]. Questa originaria nozione di *fruges*, caratterizzata dall'individuazione di categorie specifiche di prodotto agricolo, diviene oggetto di riflessione al fine di individuarne la connotazione caratteristica. Di qui la concezione di *fruges* dei grammatici (Donat. *Ad Ter. Eunuchus* V, 7, 46; Serv. *In Verg. Aen.* I, 178; Isid. *Orig.* XVII, 6, 23; XVIII, 3, 2; vd. *infra* pp. 223-224, n. 23), riflessa nella definizione criticata da Giuliano in D. 50, 16, 77 (*fruges omnes esse, quibus homo vescatur*), che avrebbe individuato nel soddisfacimento dei bisogni alimentari dell'uomo la caratterizzazione del concetto. La *iurisprudentia* sembra, al contrario, aver mantenuto

[85] *Frux, frugis dixerunt antiqui . Fructam et fructum.* La costruzione è problematica. Forse l'accusativo si spiega in termini di ellissi del verbo, non necessariamente *dixerunt.* Si tratta di due participi di *fruor*, il primo al femminile dato il genere di *frux*. Vd. sul punto R. LAMBERTINI, *Lapis crescere non potest*, in AG. 204 (1984), p. 105 e n. 10

[86] M. LEUMANN, *Lateinische Laut- und Formenlehre* cit., p. 534; ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire* cit., p. 257, che parlano di «mot racine».

[87] BACHERLER, '*frux, -gis*' in *Thesaurus linguae Latinae*, VI, 1, fasc. VII (1975), coll. 1448 ss.

[88] Vd. a riguardo, con ampi approfondimenti F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 12, pp. 31-32, il quale precisa che quella di *fruges* come *frumenta et legumina* sarebbe una «categoria di *res* ottenuta per giustapposizione».

una nozione rigorosa della categoria, nel senso di *frumenta et legumina* (vd. ancora PS. 3, 6, 78)[89].

È possibile il confronto tra *fructus* e *fruges* per *lex XII tab.* 8. 8a[90]. I moderni editori giustamente preferiscono in *tab.* 8. 8a *fruges*, ritenendo questo l'uso più antico rispetto alla fattispecie regolata nella disposizione. Ciò implica processi interpretativi sul testo decemvirale che abbiano coinvolto *fruges* e che possano aver condotto, attraverso la mediazione dell'endiadi *fruges fructusque*, ad un potenziamento dei prodotti agricoli tutelati dalla disposizione decemvirale, che la più rigida nozione di *fruges* impediva, attraverso la giustapposizione di *fructus*[91], in quanto unico termine idoneo a contenere, oltre i *frumenta et legumina*, ogni altro prodotto della terra e degli alberi in essa[92].

[89] È merito dello ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., *passim*, aver svolto in tutta la loro ricchezza dogmatica le definizioni presenti in D. 50, 16, 77. La sua ipotesi ricostruttiva del rapporto storicamente complesso tra queste diverse nozioni di *fruges* mi sembra sostanzialmente condivisibile. Forse qualche dubbio potrebbe emergere sulla sicura influenza della nozione stoica di *fructus* (Cic. *De off.* I, 7, 22: *... ut placet Stoicis, quae in terris gignantur ad usum hominum omnia creari...)*, che trova accoglimento nella *iurisprudentia* con Labeone (D. 33, 2, 42; sul passo vd. *infra* pp. 181 ss.), sulla nozione «teleologica» di *fruges* ricordata in D. 50, 16, 77. Quest'ultima, infatti, potrebbe anche soltanto essere il risultato definitorio maturato nella *ars grammatica*, coerentemente ad una presunta derivazione di *frux* da *frumen*. Vd. comunque *infra* , pp. 219 ss.

[90] Sen., *Nat. quaest.* 4, 7, 2: *in XII tab. cavetur: NE QUIS ALIENOS FRUCTUS EXCANTASSIT*; Plin., *Nat. hist.*, 28, 2, 10 ss. : *non et legum ipsarum in XII tab. verba sunt: QUI FRUGES EXCANTASSIT*. Per il LAMBERTINI, *Lapis crescere potest* cit., pp. 97 ss., in relazione a Paul. D. 50, 16, 77 (su cui vd. *infra* pp. 219 ss.), nel quale si pone un problema di sostituzione tra *frux* e *fructus*, il rapporto tra queste parole, insieme altresì a *frumentum*, concreterebbe «una serie di contenitori decrescenti» (p. 103). Questo A. accentua, poi, nel passo summenzionato, l'uso del singolare *frugem*, che potrebbe avere «un significato diverso da quello dello stesso al plurale» (p. 105), acquisendo un senso analogo a *fructus* (p. 107). Rispetto alle XII Tavole vd. altresì le considerazioni di F. ZUCCOTTI, "... *Qui fruges excantassit...* ", in *Atti III Seminario Giuridico Gardesano*, Milano (1988), pp. 81 ss., che ritiene *fructus* parola «recenziore» rispetto «all'antica dizione *frux*» (p. 122 n. 57); sul punto vd. ora ampiamente in *Fruges fructusque* cit., § 10, pp. 23 ss.

[91] Sia la citazione di Seneca (*in XII tab. cavetur*), sia quella di Plinio (*in XII tab. verba sunt*), sembrano letterali. Si potrebbe quindi pensare a commentari diversi, i quali nel caso di Seneca rendevano un testo già integrato secondo l'interpretazione dominante nel I sec. d. C., quindi, in relazione al testo decemvirale, o i commentari più antichi di Sesto Elio e L. Acilio, oppure probabilmente quello più recente di Labeone. D'altronde la notizia di Fest., *De verb. sign.* s. v. *frux* (L. 81; vd. *supra* n. 85) a noi pervenuta attraverso l'epitome di Paolo, attingeva agli *auctores* di Verrio Flacco.

[92] Sull'importanza dell'endiadi *fruges fructusque* insiste, ora, giustamente, F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., *passim* e § 14 p. 39, il quale, in relazione a D. 39, 3, 1, 7, ritiene «notevole



*Fruges fructusque* esprime «tutto il raccolto (cereali, legumi e frutti d'albero)» della terra ed è usato da Cic., *De off.* II, 3, 12; Cic., *De nat. deor.*, 2, 14, 37; 3, 36, 86. Lo svolgimento semantico ipotizzato, se posto in relazione a Fest., *De verb. sign.* Pecunia sacrificium (L. 287: *pecunia sacrificium fieri dicebatur cum fruges fructusque offerebantur, quia ex his rebus constant quam nunc pecuniam dicimus)* sembra peraltro molto antico[93].

Fondamentale, poi, l'uso di *fruges fructusque* in Lab. D. 39, 3, 1, 7 in materia di *actio aquae pluviae arcendae.* Si è, infatti, all'interno di un contesto che, trattando dei limiti della responsabilità per l'*aqua nocens* in caso di *opus agri colendi causa factum,* potrebbe riflettere un uso da parte di Labeone di stilemi più antichi, ai fini di un'estensione delle opere agricole escluse dalla responsabilità per *aqua nocens* sensibile ad «un'ampia libertà nello sfruttamento agricolo del fondo»[94], stilemi maturati già nell'*interpretatio* alle XII Tavole[95].

Tutto questo depone per una progressiva estensione di applicazione di disposizioni della Legge delle XII Tavole o di regole della giurisprudenza pontificale attinenti alle *fruges,* irrealizzabile in termini di estensione semantica del termine. Soltanto ricorrendo alla giustapposizione alle *fruges* dei *fructus,* attraverso l'endiadi *fruges fructusque*, la giurisprudenza pontificale riesce ad estendere l'applicabilità delle disposizioni ricordate. Data la risalenza di questi processi linguistici realizzati nell'ambito dell'interpretazione giuridica, mi sembra confermata la adeguatezza di ricorrere a *fructus* e non a *fruges* nel testo di *tab.* 12, 3 come ricostruito in base alla notizia di Festo (s. v. *vindiciae* L. 516).

l'endiadi *frugum fructuumque...* nella quale, se il primo termine ricomprende evidentemente *tam frumenta quam legumina*, esso viene giustapposto al secondo appunto in quanto – mentre le *fruges* non appaiono concettualmente dilatabili, almeno in senso proprio, oltre i confini costituiti da tali componenti – *fructus* risulta viceversa termine idoneo... ad indicare ogni altro prodotto agricolo».

[93] In rapporto a *pecunia* vd. E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee I* cit., p. 37.

[94] Così ora F. SITZIA, Aqua pluvia *e* natura agri. *Dalle XII Tavole al pensiero di Labeone*, Cagliari (1999), p. 90. Sul rapporto del criterio labeoniano con la definizione di *frux* di Giuliano in Paul. D. 50, 16, 77 vd. *infra*. pp. 219 ss.

[95] Vd. sul passo M. SARGENTI, *L'*actio aquae pluviae arcendae. *Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano (1940), p. 76 n. 1; F. SITZIA, *Ricerche in tema di* actio aquae pluviae arcendae. *Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano (1977), pp. 75-77, p. 76 e n. 15; ID., *Aqua pluvia* cit., pp. 86 ss.; F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 10, pp. 23 ss.

## C. Glans *come* omnis fructus ex arbore *nella* interpretatio *alla Legge delle XII Tavole*

Nelle fonti c'è traccia di un altro processo interpretativo che coinvolge un termine delle XII Tavole, ed in particolare la parola *glans*, accordandogli il significato di *omnis fructus ex arbore*. Qui, a differenza del processo interpretativo che coinvolge il termine *fruges*, la giurisprudenza pontificale applica in modo più esteso la disciplina relativa a particolari prodotti naturali ascritti in *glans* grazie ad un'estensione del significato del termine, che risulta dilatabile fino a ricomprendere ogni frutto d'albero[96].

La *lex XII tabularum* 7, 10, in base a Plin. *Nat. Hist.* 16, 5, 15, recita «*glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere*»[97]. Tale disposizione fonda un'*actio legitima* ascritta nell'*agere per certa verba*, la quale dà tutela alla facoltà di raccogliere le *glandes* che cadono nel fondo altrui.

Ad essa si collega il più recente *interdictum de glande legenda* del Pretore. Per mezzo di questo il *dominus agri* dal quale fossero cadute le *glandes*, ogni due giorni ha il diritto di raccoglierle nel fondo altrui[98]. Se gli fosse stata impedita la raccolta, avrebbe potuto esperire l'interdetto proibitorio[99].

[96] Sulla portata dell'operazione interpretativa realizzata nel pieno rispetto formale della lettera della disposizione decemvirale, ora, F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 11, pp. 26-31.

[97] Vd. da ultimo sulla disposizione D. FLACH, *Die Gesetze* cit., p. 164. I moderni interpreti discutono sul significato della disposizione. Per la PATAULT, *Réflexions sur les limitations au droit de propriété à Rome jusqu'à la fin de la République*, in RHDFE. 55 (1977), pp. 253-254, più che una limitazione della proprietà del fondo dove sono cadute le *glandes*, si tratterebbe di una regola tesa a precisare il *ius fruendi* del «propriétaire du chêne». Per la BIGNARDI, Actio, interdictum, arbores. *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in *Index* 12 (1983-84), in particolare pp. 514-517, sebbene la norma può considerarsi limitatrice del diritto di proprietà del fondo nel quale sono cadute le ghiande (p. 514), essa si presenta più come una norma che «autorizzava... l'esercizio del diritto sui frutti», rivolgendosi al *dominus fructuum* e non al *dominus fundi* (p. 516). Tale distinzione, però, non dà conto, a mio avviso, del modo nel quale poteva porsi all'epoca decemvirale la questione. I pontefici, infatti, non avrebbero distinto tra un proprietario dei frutti ed uno del fondo, ma avrebbero accordato la facoltà di raccolta delle *glandes* cadute nel fondo del vicino al titolare del *meum esse* sull'*ager* comprensivo anche degli alberi. Per il PALMA, *Iura vicinitatis*, Torino (1988), pp. 77-78, si tratterebbe di un istituto diretto a tutelare la solidarietà della *vicinitas*. In tal senso, la norma decemvirale sarebbe tesa a prevenire contrasti tra chi afferma di dover raccogliere le proprie ghiande (perché cadute dagli alberi impiantati nel proprio fondo) e chi vuole impedire uno sconfinamento; vd. ora sul punto, esattamente, G. FALCONE, 'Iurgium', 'lis', 'vicinitas': *un* 'interpretatio *ciceroniana tra politica e diritto*, in AUPA. XLIII (1995), pp. 489-492 n. 46.

[98] Sul significato del *tertio quoque die* e sull'importanza della sua assenza nel testo decemvirale vd. ora A. BIGNARDI, *Actio, interdictum, arbores* cit., p. 515.

[99] Sull'interdetto vd. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II, 1, p. 282; U. BRASIELLO,



Fondamentali sono una serie di passi che attestano l'interesse della giurisprudenza per il segno *glans* contenuto nelle XII Tavole, al fine di estendere l'applicazione della disposizione decemvirale ad ipotesi analoghe, interesse che sfocia in una sua estensione semantica come *omnis fructus ex arbore*.

Da un punto di vista agricolo, *glans* significa essenzialmente ghianda, bacca, 'frutto secco' prodotto dalla quercia, dal faggio, dal noce, dal mandorlo, dal castagno ecc.[100], frutti che l'uomo mangia, ma anche alimento essenziale per i maiali, allevati in Roma fin da età arcaica[101]. Nell'immaginario tardorepubblicano il confronto *glans - fruges - fructus* innesta riflessioni antropologico-evolutive[102], e collega al passaggio dalle ghiande alla coltura a 'frutti' un significativo mutamento del *pantheon* della *civitas*: *Ceres*[103].

Il ricorso a *glans* nelle XII Tavole doveva avere uno specifico significato, segnando una delimitazione della rilevanza della fattispecie che l'interpretazione successiva viene ad eliminare[104]. Per questo tipo di frutti arboricoli,

*Interdictum de glande legenda*, in NNDI. 8 (1962), p. 801; e di recente, A. BIGNARDI, *Actio, interdictum, arbores* cit., pp. 514-517; A. PALMA, *Iura vicinitatis* cit., pp. 83 ss. Sul rapporto tra *lex XII tab.* 7, 10 e editto del pretore, cfr. anche M. LAURIA, *Ius Romanum*, I, 1 cit., pp. 42-43; G. FALCONE, *'Iurgium', 'lis', 'vicinitas'* cit., pp. 489-492 n. 46.

[100] Sulle *arbores glandiferae* vd. Plin. *Nat. hist.* XVI, 1, 1 ss.; XVI, 8, 19: *glandem quae proprie intellegitur, ferunt robur, quercus, aesculus, cerrus, ilex, suber.* Sull'esclusione dai *poma* delle *glandes* Plin. *Nat. hist.* XV, 24, 26: *glandes inter poma numerari non possunt.* Vd. G. MEYER, s. v. *Glans*, in *Th. l. L.* VI, 2, X (1975), coll. 2030 ss.

[101] A riguardo vd. P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis* cit., p. 117; F. DE MARTINO, *Storia economica* cit., I, p. 3.

[102] Cic. *De Orat.* IX, 31: *quae... in hominibus tanta perversitas, ut inventis frugibus glande vescantur?*; Lucr. *De rer. nat.* 5, 1416: *odium... glandis;* Hor. *Sat.*, 1, 3, 100: *animalia* [scil. *prisci homines*] *glandem atque cubilia propter... pugnabant.;* Plin., *Nat. hist.* XVI, 1, 1: *Proximum erat narrare glandiferas quoque, quae primae victum mortalium aluerunt nutrices inopis ac ferae sortis.*

[103] Plin. *Nat. hist.* VII, 191: *Ceres frumenta invenit, cum antea glande vescerentur*; Verg. *Georg.* 1, 8: *vestro* [scil. *liberi, Cereris*] *si munere tellus Chaoniam pingui glandem mutavit arista*; 2, 67 *Chaonii, patris glandes*; Ov. *Fast.* 402: *Ceres mutavit glandes utiliore cibo.* Vd. K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München (1967²), pp. 71-72; 101; 161. Sul rapporto tra *Ceres* e *Tellus* vd. Ov. *Fast.* I, 674: *haec [Ceres] praebet causam frugibus, illa [Tellus] locum*. Vd. per la *communis opinio* (*Ceres* come divinità indigena - almeno fino al III sec. a. C - e 'specializzata') A. PESTALOZZA, *I caratteri indigeni di Cerere*, Milano (1897); ID., *Ceres*, in *Diz. ep. ant. rom.*, pp. 204-211; G. WISSOWA, *Ceres*, in PWRE, III, coll. 1970-1979; ID., *Religion und Kultus der Römer*, München (1912)², pp. 191 ss.; pp. 297 ss.; H. LE BONNIEC, *Le culte de Céres a Rome*, Paris (1958), p. 13, pp. 21 ss.; D. SABBATUCCI, *La religione di Roma antica*, Milano (1988), pp. 126 ss.

[104] Per il WATSON, *The Law of Property* cit., p. 120 è questa l'ipotesi più probabile. Vd. anche F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 11 pp. 26-31, sebbene questo A. estenda questa notazione anche all'interdetto *de glande legenda*.

infatti, il momento della raccolta è successivo alla loro spontanea caduta dall'albero che li produce[105]. Di qui la facoltà di *colligere* le *glandes* data al *dominus* del fondo nel quale si trova l'albero, sebbene queste siano cadute nel fondo altrui. Era questo l'àmbito originario di rilevanza della questione, coerente alle evidenziate caratteristiche dell'economia della *civitas* arcaica.

L'*interpretatio* sulle XII Tavole, però, viene a fissare un'estensione del significato di *glans* fino a comprendervi l'*omnis fructus ex arbore,* estendendo quindi l'originaria applicazione della norma decemvirale anche ai *poma*.

> *Gaius libro quarto ad legem XII tabularum* D. 50, 16, 236, 1
> *'Glandis' appellatione omnis fructus continetur, ut Iavolenus ait, exemplo Graeci sermonis, apud quos omnes arborum species* ἀκρόδρυα *appellantur.*

Gaio nel suo commento alle XII Tavole, richiamandosi a Giavoleno, ritiene che nell'*appellatio glandis,* relativa a *tab.* 7, 10[106], sia contenuto 'ogni frutto' (da albero) e ciò analogamente al termine greco ἀκρόδρυα che conterrebbe appunto tutte le specie di frutti d'albero. Il richiamo al *sermo Graecus* chiarisce che l'equiparazione opera rispetto ai frutti da albero, qualsiasi essi siano e non più soltanto quelli da *arbores glandiferae*. 'Ακρόδρυα, che *ab antiquo* ha il significato di «frutta secca d'albero», contrapposto a ὀπωρα (*poma*), viene nel greco dal I sec. d. C. ad estendersi ad ogni frutto d'albero[107].

Bisogna approfondire la derivazione da Giavoleno del significato ampio di *glans*. È stato sostenuto che Gaio avrebbe tratto la citazione di Giavoleno dal quattordicesimo libro "*De legibus*" dei suoi *libri ex Cassio*[108]. Al contrario, però, sappiamo che, nella sua epitome ai *Posteriores* di Labeone (Labeo 5

[105] Per l'età arcaica sono le *glandes* (castagne, noci, mandorle ecc.) i frutti d'albero per eccellenza. Come frutta da albero (*pomum*) si conosce solo il *ficus*, vd. ora V. A. Sirago, *Storia agraria romana* cit., I, pp. 64-65.

[106] Per il Lauria, *Ius Romanum* cit., I, 1, pp. 42-43, Gaio (D. 50, 16, 236, 1) commenterebbe la disposizione decemvirale in materia di *actio de pastu pecoris*.

[107] Cfr. s. h. v. *Thesaurus Graecae linguae*, I, 1, Paris (1831), coll. 1317-1318. Qualche dubbio sulla perspicuità della giustificazione linguistica di Gaio solleva ora F. Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 11 n. 96.

[108] È questa l'ipotesi di U. Manthe, *Die* libri ex Cassio *der* Iavolenus Priscus, Berlin (1982), pp. 241-242, escludendo i *Posteriores* labeoniani in base al fatto che Gaio cita soltanto Giavoleno, mentre D. 18, 1, 80 è della cd. serie-*Labeo*.



*post. a Iav. epit.* D. 18, 1, 80, 2), Giavoleno trattava del problema della *glans caduca* in relazione ad una vendita quinquennale della *silva caedua*[109].

Il collegamento col greco ἀκρόδρυα potrebbe deporre, poi, per una derivazione da Labeone stesso, mediata dall'opera di Giavoleno[110], coerente con l'estensione semantica del termine greco a cavallo tra I sec. a. C. e I sec. d. C.

Se si tiene conto che l'approfondimento di cui *glans* è oggetto trova il suo momento fondante nella interpretazione alle XII Tavole[111], è plausibile pensare che fonte indiretta dell'*interpretatio* riferita da Gaio nel suo commento alla *lex XII tab.* possa essere stata, attraverso i *Posteriores* di Labeone epitomati da Giavoleno, proprio il commento del giurista augusteo alle XII Tavole. In esso, dato l'acquisito significato esteso di *glans* nella interpretazione repubblicana alle XII Tavole, il giurista augusteo avrebbe colto l'analogo processo linguistico riscontrabile per il greco ἀκρόδρυα.

D'altronde, una volta acquisito, il significato di *glans* come «ogni frutto d'albero» avrebbe trovato applicazione anche ad altri istituti, come appunto quello relativo all'*interdictum de glande legenda*. Anche l'interpretazione giurisprudenziale della formula interdittale, infatti, applica al *nomen glandis* il significato di *omnes fructus ex arbore* (Ulp. *71 ad ed.* D. 43, 28, 1 pr. -1).

A quando è possibile far risalire l'equiparazione *glans=omnis fructus ex arbore?*

Il testo delle XII Tavole che Plinio il Vecchio nel I sec. d. C. cita in materia (*Nat. hist.* XVI, 5, 15) contiene ancora il richiamo esplicito a *glans*. Il processo interpretativo che coivolge la parola, quindi, non aveva determinato un mutamento del testo della legge, ma rimaneva inserito nell'àmbito della *interpretatio* a questa[112].

[109] Labeone ricorda a riguardo un parere di Servio Sulpicio Rufo che modellava il diritto alla *glans* degli alberi cedui oggetto di vendita sulla particolare modalità di realizzazione della *traditio,* cioè il taglio degli stessi. Se la *glans* fosse caduta da un albero non ancora tagliato, allora essa sarebbe del venditore della *silva cedua*, se al contrario essa fosse caduta dall'*arbor caesa* allora sarebbe stata dell'acquirente. Contro l'ipotesi del Manthe, già R. Backhaus, in ZSS. 100 (1983) R. A., p. 623; e F. Bona, *I* Libri iuris civilis *di Cassio e i* libri ex Cassio *di Giavoleno*, in SDHI. 50 (1984), p. 412-413 n. 30.

[110] Sulla consuetudine labeoniana di richiamare termini greci nelle sue argomentazioni giuridiche vd. M. Bretone, *Tecniche e ideologie*² cit., pp. 188-190. Per l'argomento seguito nel testo vd. F. Bona, *I* Libri iuris civilis *di Cassio* cit., p. 413 n. 30; pensa a Giavoleno, invece, O. Diliberto, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole* cit., p. 408.

[111] Il Bretone, *Il giureconsulto interprete della legge*, in *Labeo* 15 (1969), p. 304 accentua il collegamento 'diretto o indiretto' del passo con le XII Tavole.

[112] Ingiustificata l'ipotesi del Flach, *Die Gesetze* cit., p. 164, secondo la quale proprio la

Al tempo d'emanazione dell'interdetto *de glande legenda*, poi, all'incirca il III-II sec. a. C.[113], il divieto di impedire l'esercizio della facoltà di raccolta al *dominus* del fondo (comprensivo delle *arbores*) da dove era caduta la *glans*, non avrebbe mantenuto la dizione arcaica, se essa non avesse già acquisito un significato più ampio, appunto quello di 'tutti i frutti' caduti dagli alberi, prevedendo un autonomo interdetto *de pomo legendo* o *de fructu legendo*[114]. Il dato trova altresì conferma nell'aumento significativo di produzione di *poma* dal IV sec. a. C.[115].

Siamo quindi di fronte ad una nozione di *glans* che nel III-II sec. a. C. ha già acquisito il significato di *omnis fructus ex arbore*. È coerente, da un lato, che Alfeno Varo in D. 50, 16, 205, ritiene di ascrivere nel *pomum* anche le *nuces*[116], contro il rigore di Plinio (*Nat. hist.* XV, 24, 26), e d'altro lato che Q. Mucio dà per naturale che il *pomum* sia un *fructus* (D. 22, 1, 45; vd. *infra* pp. 108 ss.)

È possibile raccogliere le fila del nostro discorso. Le XII Tavole parlano di *glans*. Prima dell'emanazione dell'interdetto *de glande legenda* (ca. III-II sec. a. C.), il termine ha già assunto il significato di *omnis fructus ex arboris* (Ulp. D. 43, 28, 1 pr. -1) e per questo il pretore mantiene la terminologia decemvirale[117]. Questa estensione semantica di *glans* riemerge nel

testimonianza di Plinio il Vecchio proverebbe che il significato esteso sarebbe stato proposto da Giavoleno. Non c'è dubbio, infatti, che l'interpretazione di *glans* come *omnis fructus ex arbore* sia propria dell'*interpretatio* repubblicana alle XII Tavole, ed è quindi a questa che si deve pensare. A questo riguardo è probabile che se al tempo di emanazione dell'interdetto nell'Editto pretorio (III-II sec. a. C.) *glans* avesse avuto ancora il limitato significato di frutto derivante da *arbores glandiferae* escluse quelle *pomiferae*, il pretore avrebbe sancito una rubrica *de fructu legendo*. La citazione della disposizione delle XII Tavole in Plinio, poi, è legata ad un contesto nel quale riemerge un'interpretazione evoluzionistica dell'economia agricola dallo stato più antico (a bacche) a quello più moderno (a frutto).

[113] Sulla maggiore antichità degli interdetti proibitori, in base ad argomenti linguistici e sostanziali, L. Labruna, *Vim fieri veto* cit., pp. 62-69; L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà* cit., II, pp. 368 ss.; Id., *Interdetti*, in ED. XXI (1971), pp. 918-920. Non mi sembra adeguata al quadro economico (potenziamento della frutticoltura nel IV sec. a. C) e giuridico (origine della tutela interdittale, ed in particolare degli interdetti proibitori, ed estensione semantica di *glans* come conseguenza dell'*interpretatio* alle XII Tavole) l'ipotizzata origine alta (contemporanea alle XII Tavole) dell'interdetto dello Zuccotti, *Fruges fructusque* cit., § 11 p. 29.

[114] Cfr. giustamente A. Watson, *The Law of Property* cit., pp. 120-121.

[115] V. A. Sirago, *Storia agraria romana* cit., I, pp. 64-65.

[116] Il Reinoso Barbero, Definitio periculosa: *Javolen o Labeon ?*, in BIDR. 90 (1987), p. 317 accentua il collegamento con D. 50, 16, 205, che proverebbe come Alfeno nel «término *pomum* incluye todos los fruitos secos».

[117] Così A. Watson, *The Law of Property* cit., p. 120.



commentario gaiano *ad legem XII tabularum* in collegamento proprio alla *interpretatio* delle XII Tavole[118], cosa che Gaio acquisisce indirettamente, attraverso la mediazione di Giavoleno, dai commentari alle XII Tavole di Labeone.

Di nuovo processi interpretativi maturati sulle XII Tavole mostrano il ricorso a *fructus*, in questo caso per estendere il significato di un altro *verbum legis: glans*.

5. *Conclusioni: indizi della esistenza di una nozione naturalistica di «frutto» predecemvirale che affonda le sue origini nel* frui *della terra e del bestiame della* gens *e della terra pubblica. Nuova prospettiva innestata dal* meum esse *e sua rilevanza per la fattispecie regolata in* tab. *12, 3. Affinamento interpretativo della nozione di* fructus, *che ne importa la verifica in relazione ad altri prodotti naturali*

*Fructus*, a differenza di *fruges*, di *glans*, di *seges*, di *baca*, indica tutti i prodotti naturali della terra e del bestiame già nei *mores* predecemvirali. La forma economica di produzione dell'organizzazione gentilizia è adeguata a questa estensione ed alla autonomia concettuale del prodotto dalla cosa-madre. Questa autonomia preesiste e viene sviluppata anche nell'àmbito dello sfruttamento della terra publica. Ciò favorisce la maturazione di regole per l'acquisto dei frutti indipendenti da un potere del singolo sulla cosa-madre, dirette invece a privilegiare l'attività dell'uomo che concorre alla produzione o alla percezione del frutto.

Con l'introduzione della forma individuale di appartenenza del *meum esse ex iure Quiritium* si dimostrano non adeguate queste regole maturate nelle costumanze predecemvirali. I pontefici, quindi, attingendo al panorama concettuale esistente, sanciscono una nuova regola per l'acquisto dei frutti come estensione del potere sulla cosa-madre. Da ciò discende la disposizione di *tab.* 12, 3, secondo la quale l'eventuale percezione dei frutti dalla cosa controversa durante le more della *legis actio sacramento in rem* da parte di chi sia risultato soccombente è considerata un'appropriazione ille-

[118] Per il Benke, *Exemplum contra legem*, in T. 57 (1989), p. 288, si tratterebbe di un'interpretazione contro il tenore della legge, ma, come ha evidenziato il Watson, *The Law of Property* cit., p. 121, questa «misinterpretation» della disposizione decemvirale serviva a «to widen its scope», condizionata per altro da esigenze collegate alle trasformazioni della coltura agricola dal V sec. a. C. al III-II sec. a. C.

cita, sebbene avvenuta durante la *possessio* della cosa-madre fondata su un atto magistratuale, in quanto il possessore interinale sottrae questi beni all'avente diritto, cioè chi abbia affermato vittoriosamente il *meum esse ex iure Quiritium* sulla cosa-madre.

È un grande cambiamento di prospettiva che condiziona ancora oggi il fondamento giuridico dell'acquisto dei frutti, come estensione della proprietà sulla cosa madre.

Con *tab.* 12, 3, peraltro, *fructus* diviene oggetto di riflessione nella *interpretatio* dei pontefici prima e dei giuristi laici poi. Questa attenzione sembra collegarsi a riflessioni che coinvolgono precetti della *lex* che contengono la parola (*tab.* 12, 3: ... *fructus duplione*...) o che realizzano processi interpretativi di chiarimento di altri *verba legis* (*tab.* 8, 8a: *fruges*; *tab.* 8, 7: *glans*). Negli svolgimenti interpretativi che coinvolgono le parole esaminate, riemerge un processo di 'estensione' semantica di *fructus* che coinvolge *fruges* e *glans*.

Se si tiene, poi, conto delle cose possibili oggetto di *legis actio sacramento in rem*, della concezione più antica che riemerge in D. 22, 1, 19 pr. in relazione a cose naturalmente infrugifere o alle servitù prediali rustiche, e dei processi che coinvolgono *fructus* rispetto a *fruges* e *glans*, si coglie in tutta la sua dinamica lo sforzo di affinamento concettuale che coinvolge la nozione rispetto alle sue origini.

L'originaria nozione di *fructus* come prodotto naturale che nasce dalla terra e dal bestiame, viene così vagliata rispetto ad ogni altro possibile oggetto di *legis actio sacramento in rem* (si pensi allo schiavo e al *fructus hominis*). Questo affinamento concettuale doveva trovarsi, per gli svolgimenti più antichi, già nei *Tripertita* di Sesto Elio Peto, prima della fondazione su nuove basi del *ius civile* da parte di P. Mucio Scevola, Giunio Bruto e M'. Manilio.



CAPITOLO II

# ADEGUAMENTO DELLA CONCEZIONE PIÙ ANTICA DI *FRUCTUS* A NUOVE FORME DI REDDITO (*USURAE, MERCEDES, OPERAE*) NELLA GIURISPRUDENZA TARDO-REPUBBLICANA

SOMMARIO: 1. L'iniziale contrappunto tra delimitazione del contenuto dell'usufrutto e nozione di frutto della cosa, e suo successivo superamento. 2. La *vetus quaestio* sul *partus ancillae* nella *iurisprudentia* del II sec. a.C. rappresenta un momento di verifica della nozione naturalistica di frutto. 3. Il *ius controversum* tardorepubblicano e di inizio principato in materia di *fetus pecudum* riflette due regole relative al modo d'acquisto dei nati dagli animali. 4. La nozione di *fructus* nei *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola *pontifex* come bene nuovo nato *ex ipso corpore* della cosa madre: A. D.50,16,121: *usura pecuniae in fructu non est*. L'esclusione degli interessi pecuniari percepiti dalle somme date in prestito viene fondata sul non soddisfacimento del requisito della derivazione del frutto dall'*ex ipso corpore*; B. Il *fructus ex facto natus*: l'acquisto dei frutti della cosa donata da parte del coniuge donatario è limitato a quelli che possono considerarsi prodotti esclusivi del suo lavoro, dando rilievo al cd. principio di produzione D.22,1,45. 5. La nozione di frutto nei *responsa* di Servio conferma un adeguamento della nozione naturalistica a prodotti separabili dalla cosa-madre senza intaccarne la capacità produttiva e a nuove forme di reddito che la cosa dà attraverso negozi giuridici che la coinvolgono: A. *Frumentum*, *fruges*, *glans*, *pomum* e loro rapporto col *fructus fundi*; B. L'*omnis fructus* del fondo contiene anche i materiali tratti dal bosco e dal canneto cedui in quanto prodotti periodici del fondo da questo separabili senza diminuirne la capacità riproduttiva D.18,1,40,4; C. Il frutto delle *operae libertorum* è incluso nel risarcimento per la mancata prestazione delle operae promesse dai liberti ed esclusione dalla stima dell'eventuale *commodum* del patrono D.38,1,26 pr.-1; D. Accostamento in chiave analogica tra *operae servorum* e *fructus fundi*; D.40,7,14 pr. 6. Conclusioni: la concezione naturalistica di frutto come cosa che nasce periodicamente da altra cosa senza intaccarne la sostanza e suo riadeguamento nella giurisprudenza tradorepubblicana.

## 1. *L'iniziale contrappunto tra delimitazione del contenuto dell'usufrutto e nozione di frutto della cosa, e suo successivo superamento*

L'*interpretatio iuris* relativa all'*usus fructus* si è concentrata originariamente su *fructus*, come contenuto essenziale del pieno godimento (*uti frui*) della cosa altrui riflesso nel diritto del *fructuarius*[1].

[1] Sull'idoneità della locuzione *fructus* ad esprimere l'ampia posizione di godimento co-

Una tale prospettiva, non giustificata come tale in base all'*intentio* della *petitio usus fructus* come è possibile ricostruire in base alle fonti classiche[2] (SI PARET AO AO IUS ESSE EA RE Q.D.A. UTI FRUI)[3], doveva essere, invece, naturale per la *iurisprudentia* coeva per due ragioni. Da un lato tale angolatura era normale per chi avesse come principale punto di riferimento quello del sistema eliano, nel quale si era consolidata l'*interpretatio* sull'*in fructu esse* in materia di *l.a. sacramento in rem ex lege XII tab.* 12.3, condizione necessaria

stituita dal *frui* vedi Plaut., *Cas.* 837-839 (commedia di poco posteriore al *sc. de bacchanalibus* del 186 a. C.): OL.: *heus tu, malo, si sapis, cavebis; meas haec.* LY.: *scio, sed meus fructust prior*; Cat., *De agri cult.* 150: *fructum ovium hac lege venire oportet /... /hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit, in fructum/ et kal. Iun. emptor fructu decedat/... /oves quae non peperint binae pro singuli in fructu cedent* (da cfr. con il *pabulum frui accipito ex kal. septembribus* della *lex* sulla vendita del *pabulum hibernum*; *de agri cult.* 149). Sebbene in queste fonti non si tratti di *fructus* come *ius in re aliena* (M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario nel diritto romano*, in AUPA. XXVIII [1961], pp. 18-19 n. 6), ciò non significa che il termine non abbia qui «valore giuridico» come vuole M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 37 n. 52. La cosa mi sembra evidente quantomeno per il formulario catoniano, A. WATSON, *The Law of Property* cit., pp. 203 ss.

Si riferiscono all'*usus fructus* Cic., *ad fam.* 7, 29, 1: *sum enim 'chresei men' tuus, 'ktesei de' Attici nostri. ergo fructus est tuus, mancipium illius*; 7, 30, 2: *cuius quum proprium te esse scribis mancipio et nexo, meum autem usu et fructu, contentus isto sum.* (uso metaforico); *De fin.* I, 4, 12: *an partus ancillae sitne in fructu habendus...*; D. 7, 1, 68 pr. Ulp. *17 ad Sab.: Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret:... neque enim in fructu hominis homo esse potest...*; D. 50, 16, 121 Pomp. *6 ad Q. Muc.: Usura pecuniae... in fructu non est...* Tracce ancora evidenti di questo ruolo essenziale di *fructus* nella delimitazione del godimento espresso con l'*usus fructus* si rinvengono nei *tres libri iuris civilis* di Sabino: D. 7, 1, 7 pr.: *Usu fructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet et ...*; Vat. 71b = D. 7, 1, 21: ... *si [usus* D. *] fructus servi legatus sit.*

[2] O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Leipzig (1927[3]; rist. Aalen 1985), pp. 190 ss.

[3] Che l'*usus fructus* abbia trovato, similmente alle più antiche servitù rustiche, tutela nella *legis actio sacramento in rem* è ipotesi del KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschr. Koschaker* I (1939), pp. 445 ss., in particolare pp. 458-478: *hunc ego (usum) fructum meum esse aio ex iure Quiritium* (p. 465); ID., *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 19-20. Essa non ha trovato consensi (G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino s. d. ma 1944, pp. 20 ss.; ID., *Usufrutto*[2] cit., pp. 25-26; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I pp. 4-11), in relazione anche all'origine dell'istituto (la prima metà del II sec. a. C.) per cui è molto più probabile che esso abbia trovato tutela esclusivamente nell'*agere per concepta verba* in termini di *ius in re aliena*. Vd., sia in relazione alla *intentio* della *petitio usus fructus* che all'*actio negatoria*: *si... tibi concessero ius mihi uti frui non esse* (Pomp. *33 ad Sab.* D. 8, 3, 20 pr.); *contendat ius sibi esse uti frui* (Pomp. *10 ex var. lect.* D. 39, 3, 22 pr.); *aget Titius ius sibi esse utendi fruendi* (Cels. *27 dig.* D. 21, 2, 62, 2); *intendimus... ius aliquod nobis competere, velut... <uten>di fruendi* (Gai. IV, 3); *agere non esse ei ius uti frui invito se* (Papin. *11 resp.* in Marcian. D. 20, 1, 11, 2); *invito se negat ius esse... utendi fruendi fructuario* (Ulp. 17 *ad ed.* D. 7, 6, 5 pr.); *uti frui ius sibi esse intendere* (Ulp. 17 *ad ed.* D. 7, 6, 5 pr.); *ius sibi esse... frui intendere* (Paul. *21 ad ed.* D. 8, 5, 9 pr.).



della possibilità di vedere un *usus fructus* non solo in rapporto ad agri o a capi di bestiame, ma altresì a schiavi e case[4], 'beni' per i quali un presunto concetto di usufrutto come proprietà dei frutti non sarebbe appropriato[5] e nemmeno un limitato scopo alimentare dell'istituto. D'altro lato, il significato di *fructus* che non è soltanto la cosa, il frutto in senso corporale, ma altresì il godimento espresso dal *frui*, caratterizzato appunto dall'appropriazione del frutto[6].

Grazie quindi alla nozione di frutto come fissata nella interpretazione alle XII Tavole, possono precisarsi gli esatti confini del contenuto dell'*uti frui*[7]. In un secondo momento, la giurisprudenza sentirà come non adeguata questa delimitazione, accentuando la prospettiva del *quod ad fructuarium pertinet*, del *reditus* e dell'*emolumentum rei.* Ciò peraltro condizionerà anche la necessità di esplicitare il rapporto tra *ius utendi fruendi* e frutto corporale[8].

[4] La *vetus quaestio* presuppone un *usus fructus servi*; vd. altresì Q. Mucio in Paul. D. 40, 12, 23 pr. (vendita dell'usufrutto dell'*homo liber bona fide serviens*); Cic. *Top.* 3, 17 (*usus fructus servi*); *ad fam.* 4, 21 (*usus fructus ancillarum*); *Top.* 3, 15 (*usus fructus aedium*); *pro Caec.* 4, 11 (*usus fructus bonorum meorum*); presuppone probabilmente un legato d'usufrutto di tutto il patrimonio anche la regola muciana tramandata da Pomp. in D. 50, 16, 121, vd. *infra* pp. 100 ss.

[5] Vd. la puntuale osservazione contro la tesi del Kaser del GROSSO, *I problemi dei diritti reali* cit., p. 21: «anzitutto le origini dell'usufrutto non sono così risalenti, come quelle delle servitù; e l'instaurare, come fa il Kaser, un rapporto col *mancipium* è cosa assai ardua. D'altra parte, accanto al fondo, troviamo pure tra gli oggetti abbastanza antichi di usufrutto lo schiavo, per cui il concetto di usufrutto come proprietà dei frutti non sarebbe appropriato».

[6] Vd. a riguardo B. BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica*, in *Studi Arangio-Ruiz* II, pp. 72 ss., rivisto e ampliato in *Ius* (1953), pp. 15 ss., redazione riprodotta in *Scritti giuridici* I, pp. 180 ss. in particolare p. 194; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 36 ss.

[7] Mi sembra infondata l'ipotesi interpretativa di recente proposta dallo ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 35 e pp. 105-106. Essa sembra condizionata dalla tesi sostenuta di una tarda tecnicizzazione di *fructus*, così da dover svalutare la stretta correlazione testimoniata dalle fonti per l'origine dell'istituto, tra contenuto dell'usufrutto e nozione di frutto. Una tale conclusione, in ogni caso, non può fondarsi sulla *vetus quaestio* relativa al *partus ancillae* (F. ZUCCOTTI, *op. ult. cit.*, § 19 pp. 53 ss., vd. anche n. 159 e n. 175, il quale fa leva sulla frase *fructuarium in eo locum non habere* di D. 7, 1, 68 pr.), dato che la prospettiva di essa mi sembra al contrario confermare il ricorso al procedimento interpretativo dell'*in fructu esse*: ... *An partus ancillae sitne in fructu habendus disseretur inter principes civitatis...* Cic. *De fin.* I, 4, 12; ... *neque enim in fructu hominis homo esse potest...* D. 7, 1, 68 pr.; *Partus ancillae in fructu non est... absurdum enim videbatur hominem in fructu esse...* Gai. D. 22, 1, 28, 1; su questi passi vd. *infra* pp. 82 ss. L'ipotesi di una originaria indipendenza del contenuto dell'usufrutto dalla nozione di frutto della cosa è resa inverosimile altresì dalla denominazione del nuovo *ius in re aliena*.

[8] A titolo di es. Iul. *58 Dig.* D. 21, 2, 43: ... *nam quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus, sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus,*

La giurisprudenza del III-II sec. a.C., invece, ricorrendo alla consolidata interpretazione di *fructus* rispetto ai diversi oggetti di *l.a. sacramento in rem*, trova naturale, nel consigliare il *pater familias* che voglia garantire un reddito vitalizio all'*uxor sine manu*, senza diminuire il patrimonio familiare destinato alla sua morte ai figli, di proporre un legato *sinendi modo*, con cui dispone dei frutti di un suo bene o del suo intero patrimonio[9], con una formulazione del seguente tenore: «*heres meus damnas esto sinere fructus fundi Corneliani sumere sibique habere*». Per superare l'inadeguatezza degli effetti obbligatori a garantire la moglie contro un erede che sperperi il patrimonio, si pervenne a una *conceptio legati* ad efficacia reale: «*uxori meae fructum bonorum meorum do lego*»[10]. La soluzione proposta dovette felicemente soddisfare l'esigenza surricordata, in quanto da allora i *cives* vi ricorsero dando vita ad un nuovo istituto, l'*usus fructus*, attratto nello schema del *ius in re aliena*[11].

*cum constet eadem haec non recte usum fructum appellari*; Cels. in Ulp. *31 ad Sab.* D. 23, 3, 7, 2: *si usus fructus in dotem datum sit, videamus utrum fructus reddendi sunt nec ne. et Celsus libro decimo digestorum ait interesse quid acti sit, et nisi appareat aliud actum, putare se ius ipsum in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur;* Gai. II, 14: *incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae <in> iure consistunt, sicut... usus fructus... Nec ad rem pertinet... fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt... nam ... ipsum ius utendi fruendi... incorporale est*; Gai. *6 ad legem XII tab.* D. 22, 1, 19 pr.: ... *neque usus fructus rursus fructus eleganter computabitur...*

[9] L'originaria costituzione dell'*usus fructus* con legato è dimostrata, oltre dalle fonti più antiche che parlano sempre di legato, dalle opere *de iure civili* nelle quali, dai libri XVIII di Q. Mucio ai libri III di Sabino, l'usufrutto è trattato sempre in materia di legato d'usufrutto; vd. a riguardo per tutti R. De Ruggiero, *Usufrutto e diritti affini (c. d. servitù personali)*, Napoli (1914), p. 38.

[10] L'originaria evoluzione dell'istituto dal legato ad effetti obbligatori avente ad oggetto l'*usus fructus* chiarisce regole proprie dell'istituto, come la temporaneità e l'acquisto dei frutti con la *perceptio*; vd. R. Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg (1856), pp. 17-18 (*legatum per damnationem*); F. Kniep, *Gai institutionum commentarius secundus, §§1-96*, Jena (1912), pp. 151 ss. (*legatum sinendi modo*); quest'ultima ipotesi, a differenza di quella dell'Elvers, si fonderebbe «su dati più concreti», secondo G. Grosso, *Usufrutto*[2] cit., 17-18, il quale però precisa che «quel *sinere / uti frui* in atto avrebbe colorito le circostanze per cui nella prassi si formava il concetto che l'*uti frui* potesse essere preso come contenuto di un distinto diritto reale. Ma nulla più, ché il precedente rapporto obbligatorio non può costituire il fondamento per determinare giuridicamente la genesi del diritto reale...»; rivaluta giustamente l'ipotesi del Kniep, F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino s. d., 113 ss., in particolare con una *conceptio legati* del tipo ricordato nel testo (p. 116-117): dall'attribuzione del diritto personale di *fructus sumere* si passò ad un (*usum*) *fructum fundi Corneliani do lego*.

[11] Sull'*usus fructus* come istituto del *ius civile* introdotto attraverso il *ius moribus receptum*, vd. F. Gallo, *Interpretazione e produzione consuetudinaria del diritto* cit., pp. 113-121.



I giuristi circostanziano l'ampiezza del diritto personale di *fructus sumere* e del successivo *ius* di *uti frui* chiarendo cosa sia frutto della cosa. Il *fructuarius*, nell'esercizio dell' *usus fructus*, avrebbe avuto un potere sul bene in usufrutto limitato all'appropriazione di quelle cose che potessero considerarsi un suo frutto.

Questo chiaramente incise anche sulla nozione di frutto, perché, nella prospettiva del diritto dell'usufruttuario, essa tese ad ampliarsi, almeno fino a quando si mantenne il legame tra i due momenti, quello del contenuto dell'*uti frui* e della nozione di frutto. Quando al contrario il contenuto dell'*uti frui* si emancipò dalla nozione di frutto, si posero le basi per una riconsiderazione più rigorosa di quest'ultimo concetto.

Sarebbe, invece, fuorviante collegare questa tendenza della giurisprudenza più antica, ad una sua originaria costruzione dell'usufrutto come proprietà dei frutti[12]. Si tratta, cioè, fin dal suo sorgere nella prima metà del II sec. a.C.[13], di un *ius* su una *res (aliena)*, avente ad oggetto l'*uti frui*, 'potere' sulla cosa altrui che viene concretamente puntualizzato concentrandosi soprattutto, ma non esclusivamente, sull'appropriazione di cosa sia *fructus* del bene in usufrutto[14]. Semmai questa configurazione ha probabil-

[12] È questa la nota tesi del Kaser, *Geteiltes Eigentum* cit., pp. 445 ss., in particolare sull'usufrutto, pp. 458 ss.; Id., *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 19-26; 305-306. Tesi sostenuta anche da B. Biondi, *La categoria romana delle* servitutes, Milano (1938), p. 665.

[13] R. Elvers, *Die römische Servitutenlehre* cit., pp. 16-18 aveva sostenuto una alta risalenza dell'istituto (subito dopo le XII Tavole); questa ipotesi non ha resistito alle stringenti critiche di M. Voigt, *Über den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*, cito da 'Separatabdruck' delle *Berichten der philol. -hist. Klasse der königl. -sächs. Gesellschaft der Wissenschaften,* Leipzig (1874), pp. 45-48; e O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte,* Leipzig (1901), II, pp. 533 ss. Seguono il Voigt, R. De Ruggiero, *Usufrutto* cit., pp. 39-41; P. Bonfante, *Corso di diritto romano III. Diritti reali*, ristampa corretta della I edizione del 1933 a cura di G. Bonfante - G. Crifò, Milano (1972), pp. 74-75; G. Grosso, *I problemi dei diritti reali* cit., pp. 18-19; Id., *Usufrutto*[2] cit., p. 15; G. Pugliese, *Usufrutto* cit., p. 18; M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 20-21; G. Wesener, *Ususfructus*, in PWRE. (Zweite Reihe) IX.A1 (1961), coll. 1137 ss.; N. Scapini, *Usufrutto (dir. rom.)*, in ED. XLV (1992), pp. 1092 ss.; V. Giuffrè, *L'emersione dei* iura in re aliena cit., pp. 121-123.

[14] L'emancipazione della nozione classica dell'usufrutto dal concetto giustinianeo di 'servitù personale' si deve a C. Longo, *La categoria delle 'servitutes' nel diritto romano classico,* in BIDR. 11 (1898), pp. 281 ss. Essa ha permesso la valorizzazione di concezioni diverse compresenti nelle fonti romane, che colgono nell'istituto alcuni elementi della proprietà (*pars dominii*: M. Pampaloni, *Il concetto classico dell'usufrutto*, in BIDR. 22 [1910], pp. 109 ss.; R. F. Vaucher, *Usufruit et* pars dominii. *Étude sur la notion romaine de l'usufruit considéré par rapport*

mente trovato una sua predisposizione nel *frui* come oggetto di un rapporto obbligatorio tra erede e legatario[15].

La riflessione giurisprudenziale sull'*usus fructus,* peraltro, è fondamentale per un rinnovamento dell'*interpretatio iuris* di *fructus,* e rappresenta un punto fermo per la nostra ricerca. Momento di sintesi di questa *interpretatio* sono i *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola, il pontefice, dove si rinvengono tracce della concezione naturalistica di *fructus* e delle regole in essa maturate, al fine di valutare nell'esatta prospettiva storica le dinamiche interpretative della giurisprudenza successiva, tardorepubblicana e di inizio principato.

## 2. *La* vetus quaestio *sul* partus ancillae *nella* iurisprudentia *del II sec. a.C. rappresenta un momento di verifica della nozione naturalistica di frutto*

### A. *Problemi di tradizione della* vetus quaestio *sul* partus ancillae *nelle opere giuridiche*

Cicerone, all'inizio del *De finibus bonorum et malorum* I, 4, 12[16], scritto nel 45 a.C., confronta l'importanza delle opere filosofiche con quelle che

*à la propriété*, Lausanne [1940]; 'proprietà' temporanea: S. PEROZZI, *Istituzioni*² cit., I, pp. 780 ss.; una comunione funzionalmente ripartita tra *dominus* e *fructuarius:* R. AMBROSINO, Usus fructus *e* communio - *Profilo storico dell'istituto*, in SDHI. 16 [1950], pp. 183 ss.) o un concetto autonomo sia dalla proprietà sia dal *ius in re aliena* («*merum ius*, having no juridical relation to the physical thing»; W. W. BUCKLAND, *The Conception of Usufruct in Classical Law*, in LQR. 43 [1927], pp. 326 ss., p. 335; un «diritto limitato di percepire i frutti del fondo o delle cose, escluso ogni potere o facoltà sulle medesime»; «la giurisprudenza antica... doveva concepire la facoltà di fruire in modo rigoroso, escludendo qualsiasi influenza sulla cosa...»; S. RICCOBONO, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo [1911], pp. 471-480, p. 474 e p. 476). In realtà le fonti riflettono visuali diverse, che concorrono storicamente nella configurazione dell'istituto (per un tentativo non riuscito di ricostruirne lo sviluppo, sebbene accentuando giustamente il ruolo di Giuliano, vd. P. MASSON, *Essai sur la conception de l'usufruit en droit romain*, in RHDFE. 13 [1934], pp. 1-47; 161-218). L'originaria configurazione dell'*usus fructus* come *ius in re aliena* è quella ipotizzata da C. Longo, e condivisa da P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 73 ss.; G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 60 ss.

[15] Vd. *supra* n. 10.

[16] *An partus ancillae sitne in fructu habendus disseretur inter principes civitatis, P. Scaevolam M'. que Manilium, ab iisque M. Brutus dissentiet (quod et acutum genus est et ad usum civium non inutile, nosque ea scripta reliquaque eiusdem generis et legimus libentere et legemus), haec, quae vitam omnem continent, neglegentur? Nam, ut sint illa vendibiliora.*



riassume nell'*acutum genus... et ad usum civium non inutile*, cioè le opere giuridiche. Come *exemplum* di tale *genus*, l'Arpinate ricorda la discussione intercorsa tra Manio Manilio (console nel 148 a.C.), P. Mucio Scevola (console nel 133 a.C.) e Marco Giunio Bruto (pretore nel 142 a.C.) in materia di *partus ancillae.*

Il modo nel quale la notizia è tramandata fa pensare ad un solo luogo letterario nel quale Cicerone attinge alla disputa intercorsa tra i *principes civitatis*. L'Arpinate, infatti, vuole accentuare l'aspetto problematico, di discussione e di confronto di tesi, proprio del genere giuridico, scegliendo un *exemplum* famoso di tale modo di procedere, quasi paradigmatico, che ben rappresenti al lettore il tipico contenuto dei *libri iuris civilis*. È ragionevole pensare, quindi, che egli abbia voluto richiamare un passaggio di un'opera nella quale la controversia fosse già stata riassunta, e non vi abbia fatto riferimento in base a notizie indipendenti, dalle quali la disputa fosse portata alla luce solo grazie al confronto delle diverse posizioni fondato sulla memoria del narrante[17].

Proprio l'introduzione della *quaestio* ("*An partus ancillae sitne in fructu habendus*") fa pensare all'*incipit* di un *caput* dei *XVIII libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola, il pontefice[18]. In esso, Cicerone leggeva il dissenso tra Manio Manilio, Publio Mucio e Giunio Bruto[19]. D'altronde che si trat-

[17] Vd. le precisazioni di F. BONA, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240 e sulla cronologia dei* 'decem libelli' *di P. Mucio Scevola*, in SDHI. 39 (1973), pp. 425 ss., in particolare pp. 464-465.

[18] Accolgo qui l'ipotesi interpretativa del BONA, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240* cit., pp. 465-466. Pensa ai *XVIII libri iuris civilis* di Q. Mucio anche il BEHRENDS, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des* Q. Mucius Scaevola pontifex, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen I. Philologisch- historische Klasse*, Göttingen (1976), Nr. 7, p. 283 n. 77, il quale aggiunge l'argomento dedotto dal *vendibiliora*, che richiamerebbe l'opera muciana in quanto «sicherlich auch ein Verkaufserfolg war». Accentua ora il ruolo dell'opera muciana in termini di strumento principale di tradizione delle tesi dei giuristi *qui fundaverunt ius civile*, questo stesso A., in *Prinzipat und Sklavenrecht*, in *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung,* hrsg. U. IMMENGA, Göttingen (1980), p. 73 n. 65.

[19] Il WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, p. 588 n. 86, in base al tenore di Cic., *De fin.*, 1, 4, 12, si domanda se possa cogliersi un «kritische<s> Seitenblick auf die pragmatische Behandlung einer ethischen Frage ?». Ingiustificata la lettura della HERRMANN-OTTO, Ex ancilla natus. *Untersuchungen zu den 'hausgeborenen' Sklaven und Sklavinnen im Westen des römischen Kaiserreiches*, Stuttgart (1994), p. 270, che vorrebbe l'affermazione ciceroniana *ad usus civium non inutile* direttamente qualificante la disputa sul *partus ancillae*, e non il *genus* letterario rappresentato dai *libri iuris civilis* di cui quella non è che un esempio.

tasse di *libri* familiari all'Arpinate, emerge dal *legimus et legemus*[20]. Proprio in quegli anni, come prova la lettera a Trebazio Testa del 44 a.C. (*Ad fam*. 7, 22), l'opera di Q.Mucio è oggetto della riflessione ciceroniana ogni qualvolta si presentino questioni giuridiche[21].

Se poi si tiene conto del fatto che le diverse posizioni dei *prudentes, qui fundaverunt ius civile*, in materia di *partus ancillae*, potevano non trovarsi necessariamente nelle loro opere e che la *vetus quaestio* era, invece, contenuta nei *tres libri iuris civilis* di Sabino (D.7, 1, 68 pr.)[22], proprio l'opera *De iure civili* di Q. Mucio emerge come determinante e necessario anello mancante, base fondante della tradizione civilistica successiva.

B. *La opinione di Manilio e Publio Mucio è coerente ad una nozione di frutto come nuova cosa nata da una cosa-madre senza diminuirne la capacità riproduttiva e l'opposizione di Bruto è diretta ad imporre un'eccezione limitata agli uomini*

Cic., *De fin*. I, 4, 12
*An partus ancillae sitne in fructu habendus disseretur inter principes civitatis, P. Scaevolam M'.que Manilium, ab iisque M.Brutus dissentiet...*
Ulp. *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7, 1, 68 pr.
*Vetus fuit quaestio, an partus ad fructuarium pertineret: sed Bruti sententia optinuit fructuarium in eo locum non habere: neque enim in fructu hominis homo esse potest. hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit. quid tamen si fuerit etiam partus usus fructus relictus, an habeat in eo usum fructum? et cum possit partus legari, poterit et usus fructus eius.*

[20] Così, esattamente, F. BONA, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240* cit., in SDHI. XXIX (1973), p. 464.

[21] Sull'importanza di questa lettera per la struttura dei *XVIII libri iuris civilis* di Q. Mucio, ed in particolare per la sua suddivisione in *capita*, vd. E. FRAENKEL, *Some Notes on Cicero's letters to Trebatius*, in JRS. 47 (1957), pp. 67 ss.; P. DE FRANCISCI, *'Cic. Ad fam. 7, 22' e i* libri iuris civilis *di Q. Mucio Scevola*, in BIDR. 66 (1963), pp. 93 ss.; F. BONA, *Cicerone e i* "libri iuris civilis" *di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana, Atti seminario Firenze maggio 1983*, Milano (1985), pp. 259-261; tengo conto altresì della relazione di A. SCHIAVONE, "Cristallizzazione dello *ius civile* tra Q. Mucio e Sabino", tenuta a Napoli nel febbraio 1996, ora in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, Napoli (1997), II, pp. 253 ss. [=, con alcune integrazioni, *La codificazione del diritto dall'antico al moderno, Incontri di studio Napoli gennaio-novembre 1996*, Napoli (1998), pp. 51 ss. ].

[22] Con argomenti convincenti F. BONA, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240* cit., p. 465.



Primo problema da chiarire è, nei limiti del possibile, la discussione tra P. Mucio e Manio Manilio da una parte e Giunio Bruto dall'altra[23].

[23] La bibliografia sul *partus ancillae*, ed in particolare su D. 7, 1, 68 pr.; D. 22, 1, 28, 1 e D. 5, 3, 27 pr. è sterminata. Qui di seguito indico le opere che ho maggiormente tenuto presente in queste pagine, sebbene non sempre riuscirò a darne conto. Per l'età medioevale, fino al Settecento, richiamerò nei punti specifici gli autori che ho ritenuto importanti. Per l'Ottocento valgano le opere fondamentali di G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 1-2, 4 ss., 11 ss.; H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse* cit., pp. 29-30, 53 ss., 371 ss.; L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, pp. 82-83, pp. 228 ss. In questo secolo: H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 205 ss., in particolare, pp. 219-220; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 446 ss.; W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, Cambridge (1908), pp. 21 ss.; R. LEONHARD, *Fructus* cit., col. 120; G. BRINI, *La sentenza di Bruto sul* partus ancillae, in *Memoria Accademia delle Scienze di Bologna* I, 4 (1909/1910); R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., pp. 129-133; Vs. BASANOFF, *Partus ancillae*, Paris (1929); E. H. KADEN, *Rc.*, in ZSS. 51 (1931), R. A., pp. 532-534; S. PEROZZI, *Istituzioni*$^2$ cit., I, p. 589 n. 1; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà* cit., pp. 112-116; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, pp. 192-194; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le cose* cit., pp. 135-136; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, Firenze (1949), p. 189; G. GROSSO, *Usufrutto*$^2$ cit., pp. 201-203; ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino (1970), p. 59; M. KASER, *Partus ancillae* cit., pp. 156 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Cicerone giurista*, in *"Marco Tullio Cicerone" Scritti commemorativi del bimillenario della morte*, Roma (1961), p. 9 [=*Scritti di diritto romano*, IV, Napoli (1977), p. 269]; M. BRETONE, *Frutti* cit., p. 666; ID., *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 20 n. 1, p. 139 n. 137 ed in rapporto al *fetus pecudum*, pp. 138 ss.; F. STURM, *Zur ursprüngliche Funktion der* actio Publiciana, in RIDA. 9 (1962), pp. 404-405; A. WATSON, *Morality, Slavery and the Jurists in the Later Roman Republic*, in *Tulane Law Review* 42 (1967-68), pp. 289 ss., in particolare pp. 291-295; ID., *The Law of Property* cit., pp. 214 ss.; ID., *Roman Slave Law*, Baltimore-London (1987), pp. 102-104; ID., *Slavery and the Development of Roman Private Law*, in BIDR. 99 (1987), p. 107 e n. 3; ID., Partus ancillae *and a recent Inscription from Regium*, in *Labeo* 38 (1992), pp. 335 ss.; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., pp. 195-196; F. HORAK, *Rationes decidendi*, I, Innsbruck (1969), p. 235; F. WIEACKER, *Über das Verhältnis des römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*, in *Iura* 20 (1969), p. 456 n. 27; ID., *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in ZSS. 94 (1977) R. A., pp. 1 ss., in particolare p. 21; ID., *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit, p. 588; TH. MAYER-MALY, *Romanistisches über die Stellung der Natur der Sache zwischen Sein und Sollen*, in *Studi Volterra*, II, Milano (1971), pp. 113 ss., in particolare, pp. 118-119; F. BONA, *Sulla fonte di Cic.* de orat. *I, 56, 239-240* cit., pp. 464-467; ID., *Cicerone e i* "libri iuris civilis" *di Quinto Mucio Scevola* cit., pp. 261-262 n. 161; G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage des Fruchterwerbs*, in ZSS. 94 (1977), R. A., pp. 76 ss., in particolare pp. 98-99; S. TONDO, *Note esegetiche sulla giurisprudenza romana*, in *Iura* 30 (1979), pp. 34 ss., in particolare p. 44; W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in ANRW. II. 15 (1976), p. 51; ID., *Operae libertorum*, Stuttgart (1986), pp. 87-88 n. 238; O. BEHRENDS, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des* Q. Mucius Scaevola cit., pp. 282-283; ID., *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., pp. 70 ss.; ID., Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit - die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.*, in *Das Profil des Juristen in*

La posizione dominante era quella dei primi due, mentre la tesi di Bruto segna la nascita della controversia[24]. In questa direzione mi sembra vadano il tenore della notizia ciceroniana, la presentazione innovativa della *sententia Bruti* in Ulpiano e la concezione, ancora dominante, come vedremo, di *fructus* al tempo di Q. Mucio Scevola (D.50, 16, 121, su cui vd. prossimo paragrafo).

*der europäischen Tradition. Symposion 70. G. Wieacker*, Ebelsbach (1980), pp. 25 ss., in particolare pp. 66-68; ID., *Anthropologie juridique de la jurisprudence classique romaine*, in RHDFE. 68 (1990), pp. 337 ss. in particolare p. 344 n. 23 e 24; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo (1979), pp. 163 n. 728; S. TREGGIARI, *Questions on Women Domestics in the Roman West*, in *Schiavitù, manomissione e classi dipendenti nel mondo antico*, Roma (1979), pp. 185 ss., in particolare, pp. 187-188; rispetto a W. BOJARSKI, *Pozyytki naturalne w prawie rzymskim* cit., ho fatto unicamente riferimento alle notizie desumibili dalle recensioni di A. POLAČEK, in ZSS. 98 (1981) R. A., pp. 520 ss.; M. KRASON, in SDHI. 50 (1984), pp. 536 ss.; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Q. Mucio*, in *Società romana e produzione schiavistica III. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. GIARDINA-A. SCHIAVONE, Bari-Roma (1981), pp. 15 ss., in particolare pp. 21-23 (note pp. 319-323); R. LAMBERTINI, *Lapis crescere potest* cit., pp. 153 ss.; R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *Iura* 37 (1986), pp. 1 ss., in particolare pp. 24-26; J. LINDERSKI, Partus ancillae. *A* vetus quaestio *in the Light of a New Inscription*, in *Labeo* 33 (1987), pp. 192 ss.; J. CHR. DUMONT, Servus, *Rome et l'esclavage sous la République*, École Française de Rome (1987), pp. 99-105; M. AMAYA CALERO, *El hijo de la esclava hurtada y vendida*, in *Estudios Iglesias*, I (1988), pp. 47 ss., in particolare pp. 57 ss.; M. BRUTTI, in AA. VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², a cura di M. TALAMANCA, Milano (1989), pp. 302 ss.; P. BIRKS, *An Unacceptable Face of Human Property*, in *New perspectives in the Roman Law of Property. Essays B. Nicholas*, Oxford (1989), pp. 61 ss.; P. CATALANO, *Diritto e persone*, I, Torino (1990), pp. 163 ss.; p. 168; F. REDUZZI MEROLA, *Servo parere*, Napoli (1990), pp. 104-105 n. 103; N. SCAPINI, *Usufrutto* cit., p. 1088 e p. 1093; J. FILIP-FRÖSCHL, Partus et fetus et fructus. *Bemerkungen zur rechtlichen Behandlung der Tierjungen bei den Römern*, in Ars Boni et Aequi. *Festschr. Waldstein 65. G.*, hrsg. M. J. SCHERMAIER-Z. VÉGH, Stuttgart (1993), pp. 99 ss.; B. HUWILER, Homo et res: *Skizzen zur hellenistischen Theorie der Sklaverei und deren Einfluss auf das römische Recht*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg (1993), pp. 207 ss., in particolare pp. 257-258; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., pp. 268 ss.; F. HORAK, *Etica e giurisprudenza*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei Pontefici* cit., pp. 163 ss., in particolare pp. 168-169; A. ABRAMENKO, *Eine übersehene Stellungnahme des* Trebatius *zum Eigentumserwerb an* partus ancillae furtivae, in ZSS. 114 (1997) R. A., p. 425; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit., I, p. 229; F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 17, pp. 54 ss.

[24] Momento significativo del passaggio dalla più antica *interpretatio iuris civilis* del collegio pontificale a quella della *iurisprudentia* tardorepubblicana è proprio la possibilità di un *dissentire* che non rimanesse «all'interno del *collegium*», ma si esplicitasse in «*ius controversum, ius dubium, ius varium*»; a riguardo fondamentale F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo - repubblicana*, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana, Atti del Convegno Pavia aprile 1985*, a cura di M. SARGENTI - G. LURASCHI, Padova (1987), pp. 101 ss., in particolare pp. 117 ss. (le parole riportate sono stralciate dal contesto di p. 122 e di p. 127, tradendo inevitabilmente la ricchezza di riflessioni e la puntualità delle citazioni che sorreggono il discorso svolto dal B.).



Cicerone, oltre al dissenso di Bruto, ci dice che sulla classificazione *in fructu* del *partus ancillae* tra P. Mucio e Manio Manilio si era aperta una riflessione (*disserere*)[25]. Il *dissentiet* ciceroniano è l'indizio del successivo intervento critico di Bruto sull'interpretazione precedente espressa da Manilio e P. Mucio.

Rispetto al passo di Ulpiano, condivido la linea interpretativa che vede nel *neque enim in fructu hominis homo esse potest* la motivazione del giurista repubblicano[26]. Gli argomenti che convincono sono la diversa motivazione ulpianea in D.5, 3, 27 pr. e il tenore stesso di D.7, 1, 68 pr.

Se la si considerasse di Ulpiano, in un'età cioè dove principio consolidato del *ius naturale* è l'uguaglianza ontologica tra liberi e schiavi in quanto *homines* (*...uno naturali nomine homines appellaremur*, Ulp. in D.1, 1, 4 pr.;..*omnes aequales sunt*, Ulp. in D.50, 17, 32), la motivazione della L.68 pr. avrebbe il senso di una cosa ovvia.

Ben altra forza espressiva ha la *sententia Bruti* se la si riporta al II sec. a.C. Il ricorso al concetto di *homo* per il *partus ancillae*[27] assume, infatti, un significato fondamentale, critico rispetto ad una tradizione maturata nel *ius civile*[28], per la quale nello schiavo oramai si accentua il significato

[25] Il BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 71 n. 58, accentua il *disserere* come indizio del fatto che «die Einordnung des Sklavenkindes als Sachfrucht (...) einer wohl begründeten Überzeugung (...) des *P. Mucius* und *Manilius* entsprach...».

[26] Vd. per tutti M. KASER, *Partus ancillae* cit., pp. 156 ss.

[27] Riguardo al diverso problema del cosa significhi in questo caso *partus ancillae* dal punto di vista del nascituro o del già nato, emerge in dottrina una tendenza ad appiattirne la lettura nel secondo significato. Non ci sono, però, ragioni per negare qui al termine anche il senso di concepito, coerentemente alle modalità d'uso consuete di esso. Emergerebbe, allora, rispetto alla problematica dei nascituri la preziosa terminologia di Giunio Bruto, il quale non ha dubbi nel qualificare il *partus* come *homo*; su questo problema vd. P. CATALANO, *Diritto e persone* cit., pp. 169-172; 195 ss.; J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 118-120; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., pp. 268 ss.

[28] Non si deve, però, pensare ad uno svolgimento lineare fondato su di una concezione arcaica, perché la cd. 'patrimonializzazione' del *servus*, visto come autonoma fonte di produzione di ricchezza, è fenomeno proprio del IV-III sec. a. C. (vd. *infra* n. 30). Nel *ius sacrum* ad es. si riconosce allo schiavo, come membro della *familia*, la partecipazione ai culti domestici e si qualifica come *religiosus* il *locus* dove venga sepolto. Nel *ius civile*, *homo* indica i *servi* in alcune formule solenni e arcaiche (*mancipatio, in iure cessio, legis actio sacramento in rem*). Su questi problemi vd. A. PERNICE, *Zum römischen Sakralrecht*, Berlin (1886), II, pp. 1173 ss.; F. SCHULZ, *I principii del diritto romano* cit., p. 188; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 71; C. CASTELLO, *Lo schiavo tra persone e cose nell'arcaico diritto romano*, in *St. Biscardi* I, Milano (1982), pp. 93 ss.; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al*

patrimoniale, di *res familiaris*[29], ed in particolare di *res mancipi* (*Tit. Ulp.* XIX, 1)[30]. Tali tendenze avevano peraltro assunto proprio nel III sec. a.C. un'ulteriore spinta dall'accentuazione degli aspetti patrimoniali del *dominium*.

Dire che il *partus ancillae* in quanto *homo* «non può essere» *in fructu hominis* è una presa di posizione[31], suffragata dalla riflessione stoica sulla

*principato*, Torino (1989), pp. 192-193; P. CATALANO, *Diritto e persone* cit., pp. 167-169. Prova di questo passaggio è il confronto tra *lex XII tab.* 8. 3 sull'*os fractum*, che qualifica come *iniuria* sia la lesione del libero (pena 300 assi), che quella del *servus* (pena 150 assi) e la *lex Aquilia* della prima metà del III sec. a. C., dove l'uccisione e la lesione dello schiavo, come quelle del bestiame, sono considerate come un danno patrimoniale arrecato alle cose del *dominus*; a riguardo vd. F. SERRAO, *Diritto privato*[2] cit., I, pp. 265-267.

[29] Vd. ad es. M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 21 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà* cit., I, pp. 462 ss.

[30] Vd. a riguardo B. ALBANESE, *Le persone* cit., pp. 162-163. Contro questo argomento si è detto che anche il *filius familias*, in quanto possibile oggetto di *mancipatio* (vd. Gai. I, 119-120), sarebbe considerato una *res mancipi*, da intendersi semplicemente come «objet de mancipation»; J. CHR. DUMONT, *Servus* cit., p. 97. Questa interpretazione - che *res mancipi* fossero tutti gli oggetti possibili di *mancipatio* - però, trova una chiara smentita proprio nell'elenco delle *res mancipi* di *Tit. Ulp.* XIX, 1 (... *Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus: item iura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus: item servi et quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves muli equi asini)*, coerente con Gai. I, 116 e con la *lectio restituta* di Gai. II, 14a-17, e non tiene conto del particolare *status* delle persone *in causa mancipii*; vd. sul rapporto tra *servi* (*res mancipi*) e *filii familias* soggetti alla *mancipatio*; F. DE VISSCHER, Mancipium *et* res mancipi, in SDHI. 2 (1936), in particolare pp. 303 ss.; F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra* res mancipi *e* res nec mancipi, Torino (1958), pp. 18 ss.; ID., Potestas *e* dominium *nell'esperienza giuridica romana*, in *Labeo* 16 (1970), in particolare pp. 47 ss. Rispetto alla progressiva "patrimonializzazione" del potere del *pater familias* su *res* e *personae* (*liberae* o *serviles*) vd. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà* cit., I, pp. 221 ss.; G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano cose - contratti*, a cura di L. LANTELLA, Torino (1974), pp. 12 ss.; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 71 n. 60. In relazione alla trattazione gaiana nelle *Institutiones*, vd. F. GORIA, *Schiavi, sistematica delle persone e condizioni economico-sociali nel principato*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino (1976), pp. 309 ss., in particolare pp. 346 ss.

[31] In dottrina si è ritenuto di cogliere nell'*«in fructu hominis homo esse non potest»* una regola giuridica che negasse la natura di frutto a cose della stessa classe della cosa-madre. In sostanza, *ancilla* e *partus ancillae* sono entrambi *homines* quindi il secondo non potrebbe essere considerato frutto della prima; così P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 447 ss.; M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 157; non prende posizione a riguardo M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, p. 139 n. 137. Per la difficoltà, però, di dedurre questa *ratio* dal tenore della *sententia Bruti*, vd. M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 21 e p. 321 n. 70 e *infra* p. 90 n. 33. Il CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit., I, p. 229 ritiene che la soluzione di Bruto implichi «almeno una definizione (*definitio*) del *fructus*». Il BEHRENDS, Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 67 e n. 99, considera la regola della diversità ontologica tra generante e generato la conseguenza della razionalizzazione successiva alla *sententia Bruti*, in relazione ai



*humanitas*[32], tesa ad imporre un punto di vista che si considera irrinunciabile. La natura umana dello schiavo deve impedire l'aberrazione di considerare un frutto il 'parto' della schiava[33].

nati dagli animali, realizzata, secondo questo A. dal «naturrechtsfeindliche(n) Formalismus» dei «fortführende(n) Prokulianer». Per il BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari (1998), p. 178 e n. 19, l'accostamento del *fetus pecudum* al *partus ancillae* in Gai. D. 22, 1, 28 = I. 2, 1, 37; D. 41, 3, 36, 1; Ulp. D. 7, 1, 68 pr. -1; D. 47, 2, 48, 5-6; PS. 3, 6, 19-20, è sicuramente «dato originario», sebbene l'A. riconosca che in D. 7, 1, 68 pr. «oggetto d'attenzione è il *partus ancillae*, non il *fetus pecudum*». La nascita di un *ius controversum* in materia di nati dagli animali, come vedremo nel prossimo paragrafo, è possibile, ma che esso sia necessariamente condizionato dalla *sententia Bruti* non mi sembra provato. Per lo ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 37, pp. 110-111, sarebbe quello di Bruto il primo uso di «un concetto *lato sensu* normativo di *fructus*, determinato in base a una visione gerarchizzata del cosmo di cui l'uomo è visto al vertice...». Tale conclusione, condizionata peraltro dalla scelta di rileggere la *sententia Bruti* attraverso Gai. D. 22, 1, 28, 1, non mi sembra adeguata al *ne... in fructu... esse potest* di D. 7, 1, 68, pr. Una tale costruzione non esprime una contrapposta (a quella che considera *fructus* il *partus ancillae*) nozione di *fructus*, ma la necessità di evitare l'applicazione della concezione dominante alla particolare ipotesi del *partus ancillae*. Ciò, peraltro, non impedisce di ipotizzare che quella di Bruto sia una *media sententia*, e che a fronte della concezione dominante sostenuta dall'autorità di Manilio e P. Mucio, vi fosse una minoritaria corrente giurisprudenziale che, maggiormente sensibile alle teorie stoiche, caldeggiasse un loro accoglimento in relazione alla nozione giuridica di *fructus*.

[32] Nei libri *De officiis* di Ecatone di Rodi, allievo di Panezio, si ricordava la scorrettezza etica del *iactus* dalla nave di uno schiavo di poco valore, per salvare il cavallo prezioso: una tale azione, sebbene coerente alla *res familiaris*, sarebbe in contraddizione con la *humanitas*; Cic. *De off.*, III, 23, 89. Vd. a riguardo O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., pp. 72-73. D'altronde la riflessione stoica affonda le sue radici in idee già circolanti nell'Atene del IV sec. a. C., le quali accentuano la natura παρὰ φύσιν della schiavitù, condizionante il suo essere οὐδὲ δίκαιον; cfr. la tesi criticata da Arist., *Pol.*, I, 3, 4 Aubonnet 1253b 20ss., su cui G. CAMBIANO, *Aristotele e gli oppositori anonimi della schiavitù*, in *La schiavitù nel mondo antico*, a cura di M. FINLEY, Bari-Roma (1990), pp. 27 ss.; P. GARNSEY, *Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine*, Cambridge (1996), pp. 53 ss. e 75 ss.

[33] In dottrina si sono proposte diverse interpretazioni della *sententia Bruti*. Alcuni autori, svalutando il contenuto della *sententia* tramandato dalla L. 68 pr. D. 7, 1 (vd. ad es. la perentoria affermazione di S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., I, p. 589 n. 1), accentuano il suo collegamento con la motivazione di D. 22, 1, 28, 1, che espliciterebbe il discorso poco perspicuo di D. 7, 1, 68 pr. Cfr. ad es. G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 1-5; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 194; V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà* cit., p. 113 e p. 115; A. WATSON, *Morality, Slavery and Jurists* cit., p. 292; S. TONDO, *Note esegetiche* cit., p. 44; ora per una decisa rilettura di D. 7, 1, 68 pr. attraverso D. 22, 1, 28, 1, O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 67; ID., Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 66; ID., *Anthropologie juridique* cit., p. 344 n. 24; F. ZUCCOTTI, *Fruges fructusque* cit., § 19 p. 54 ss.; il TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 321 n. 70 considera «equivalenti le motivazioni date nei due passi», sebbene poi convenga che la «sintesi» di Gaio sottintenderebbe «in modo eccessivo il background filosofico». Ritengo, invece, importante tenere distinte le due *rationes*, perché se da un lato, come vedremo, quella ricordata da Gaio esprime uno sviluppo interpretativo ulteriore che trova il suo antecedente nella *sententia Bruti*, d'altro

Il *ne... esse potest* della *sententia Bruti* indica la tensione giuridico-etica di essa[34], che vuole precisare, limitandola, l'interpretazione dominante, espres-

lato quella ricordata da Ulpiano nella L. 68 pr. assume un suo autonomo valore, se inserita nello svolgimento del *ius civile* del II sec. a. C. Accentuano l'indipendenza delle due motivazioni, sebbene con sfumature diverse, F. WIEACKER, *Über das Verhältniss der römischen Fachjurisprudenz* cit., p. 456 n. 27, che in un secondo momento aderirà alla tesi del Behrends in *Offene Wertungen* cit., p. 21 e n. 80; sebbene ancora con qualche dubbio, in *Römische Rechtsgeschichte* cit., I, p. 588; vd. altresì F. HORAK, *Etica della giurisprudenza* cit., p. 169. Colgono un passaggio importante tra le due motivazioni, sebbene con spiegazioni di esse divergenti da quelle qui proposte, M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 157 e p. 159; R. QUADRATO, *La persona in Gaio* cit., pp. 25-26; F. REDUZZI MEROLA, *Servo parere* cit., p. 104 n. 103.

La dottrina più antica ha proposto logiche indipendenti dal tenore testuale dei frammenti fondamentali in materia. Ad es., per il CUIACIUS, *Pauli ad edictum commentarii*, in *Opera omnia*, V, ed. Neapoli (1722), col. 727, il *partus ancillae* non sarebbe frutto in quanto *pars* della schiava. Questa interpretazione, pur se implicitamente, sembra collegare la questione con le fonti in materia di *fructus pendentes* come *pars fundi* (Gaius D. 6, 1, 44) e di nascituro come *portio mulieris vel viscerum* (Ulp. D. 25, 4, 1, 1); vd. peraltro P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 450-451. A riguardo, però, il tentativo dogmatico proposto mi sembra contrastare con la concezione del *partus ancillae* come *homo*, che accentua proprio l'autonomia e la pienezza dell'essere umano, irriducibile nel concetto di *pars ancillae*. D'altronde, come vedremo in materia di incrementi della cosa oggetto di *uti frui*, le fonti attestano chiaramente una differenza sostanziale tra il caso dei *metalla inventa in fundo post usum fructum legatum* (D. 7, 1, 7, 3), i quali proprio perché qualificati come *pars* del *totus ager*, pur se rinvenuti dopo il legato di usufrutto, rientrano nell'oggetto del diritto reale legato, ed il caso delle *accessiones* (D. 7, 1, 7, 4). Per queste ultime si applica una regola che sancisce l'estensione dell'usufrutto agli *incrementa latentia*, ma non a quelli *separata* dalla cosa principale. Come vedremo, proprio Servio in D. 30, 63 dimostra come una strada percorsa dalla giurisprudenza fu quella dell'analogia con l'*accessio* e non quella della *pars ancillae*. D'altronde Scaev. -Ulp. in D. 41, 3, 10, 2 affermano esplicitamente che «*nec ... esse partum rei furtivae partem*».

Altri autori, infine, accentuano la natura casuale e fortuita della filiazione, che sfugge ad una logica di pianificazione produttiva, esprimendo invece la logica del *Zufall* o del *donum fortunae*; vd. ad es. H. GÖPPERT, *Über die organischen Erzeugnisse* cit., pp. 29-30; L. VON PETRAŽYCKI, *Die Lehre vom Einkommen* cit., I, pp. 82-83, seppure poi a pp. 228-230 colleghi la *sententia Bruti* ad un originario significato di *frui* come uso alimentare. Anche qui si colgono degli spunti nelle fonti, come ad esempio la posizione critica di Ulpiano contro la procreazione pianificata delle schiave (D. 5, 3, 27 pr.) - che però sembra fondata su una motivazione etico-giuridica (vd. *infra* pp. 308 ss.) - e la regola criticata da Giuliano (D. 50, 16, 77) in rapporto a *fruges*. Non è, invece, significativo a riguardo il *fataliter accessit* di Ulp. D. 50, 16, 135, in quanto esso non qualifica il *partus* come tale, ma la nascita di un *monstrum* e simili.

Infine bisogna menzionare una motivazione pratica proposta in dottrina, quella di non separare il figlio dalla madre (R. LEONHARD, *Fructus* cit., col. 120; M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 199). A questa possibile motivazione, però, può obiettarsi che proprio nel caso dell'usufrutto, data la durata non breve di questo diritto, di fatto la sua esclusione dai frutti avrebbe finito per separare il figlio dalla madre.

[34] Di «respect for human dignity» parla W. W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., p.



sa da Manilio e Publio Mucio. È in chiave di dialogo che esso necessariamente deve essere letto[35]. L'interpretazione combattuta privilegiava nei rapporti del *ius civile* la natura di *res* e non di *homo* dello schiavo[36] e poneva la procreazione umana all'interno della realtà schiavistica su un piano materialistico di produzione[37].

Si discute in dottrina su quando la soluzione di Bruto prevalse (*optinuit*) sull'altra[38]. La moderna discussione[39] è stata arricchita da un ritrovamento

21. In ciò si coglie una differenza tra la *ratio* della *sententia Bruti* e la motivazione ricordata da Gaio in D. 22, 1, 28, 1, secondo la quale sarebbe 'assurdo' ascrivere il *partus ancillae in fructu* in quanto «nicht die Ethik wäre hierdurch verletzt, vielmehr müßte ein solcher Schluß als unlogisch -... - gelten»; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 447.

[35] Di «disputa scientifica» parla il BRETONE, *Tecniche e ideologie*$^2$ cit., p. 261; così anche V. SCARANO USSANI, *Tra* scientia *e* ars, in *Per la storia del pensiero giuridico romano* cit., pp. 256-257 n. 84.

[36] Il BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 72 e nn. 62 e 63, ipotizza la corrispondenza di questa visione con la concezione aristotelica degli schiavi (vd. Arist., *Pol.*, I, 4, 2 1253b 29 ss.: sul δουλός come ὀργανον ἔμψυχα; su cui cfr. O. GIGON, *Die Sklaverei bei Aristoteles*, in AA. VV., *La politique d'Aristote*, Vandœvres-Genève [1965], pp. 247 ss.; V. GOLDSCHMIDT, *La théorie aristotélicienne de l'esclavage et sa méthode*, in Zetesis. *Festschr. De Strycker*, Antwerpen-Utrecht [1973], pp. 147 ss.; G. CAMBIANO, *Aristotele* cit., pp. 37 ss.; P. GARNSEY, *Ideas of Slavery* cit., 107 ss.), ripresa dagli «hellenistischen Agrarschriftsteller» come Varr., *De re rūst.*, 1, 17, 1 (*servus* come *instrumentum vocale*). Dal mio punto di vista è però essenziale che la qualifica del *servus* come *res mancipi* sia comunque più antica.

[37] Per il GROSSO, *Schemi giuridici* cit., p. 59 si pone un «limite allo sfruttamento capitalistico dello schiavismo»; d'accordo il CATALANO, *Diritto e persone* cit., p. 168. Il TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., ritiene che P. Mucio e Manilio si mantenessero «rigorosamente coerenti alla valutazione degli schiavi come *res*» (p. 21), e la *ratio* della loro interpretazione «rigorosamente dedotta dai principii in base ai quali s'inquadravano i diritti sullo schiavo come su qualsiasi altra *res*» (p. 323 n. 73). Vd. nello stesso senso J. CHR. DUMONT, *Servus* cit., p. 104; B. HUWILER, *Homo et res* cit., pp. 255-256. Questa concezione sarebbe peraltro coerente con la progressiva estensione, nel corso del III-II sec. a. C., del concetto di *dominus* rispetto ad *erus* per esprimere il «padrone del servo», estensione conseguente alle «grandi trasformazioni sociali iniziate nel terzo secolo, con il tramonto di una società patriarcale e con l'affermarsi di un'economia schiavistica», L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà* cit., I, p. 451, ma in generale sul problema anche pp. 414 ss.

[38] Si potrebbe anche pensare che la frase da *sed/optinuit* sia un raccorciamento di un «Kontroversenberichtes»; G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in ZSS. 66 (1948) R. A., p. 377, assumendo, però, tale ipotesi rilevanza essenzialmente per la posizione di Manilio e P. Mucio.

[39] Ad un *ius controversum* presente ancora all'età ciceroniana pensa V. ARANGIO-RUIZ, *Cicerone giurista* cit., p. 9 [=269]; così anche F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion* cit., pp. 404-405. Vd. però la critica di A. WATSON, *The Law of Property* cit., p. 215; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali* cit., p. 320 n. 68.

epigrafico[40] che secondo alcuni dimostrerebbe la resistenza della concezione tradizionale ancora nel primo principato[41]. In realtà l'iscrizione funeraria non è decisiva a riguardo, in quanto il collegamento con l'usufrutto della schiava è solo ipotetico e non emerge dal testo dell'epigrafe[42], e comunque se anche vi fosse stato un esplicito riferimento ad esso, la non tecnicità dell'autore dell'epigrafe imporrebbe molta cautela[43].

È probabile che Q. Mucio, nei suoi *XVIII libri iuris civilis*, oltre a ricordare le posizioni divergenti di suo padre P. Mucio, di Manilio e di Giunio Bruto, con le relative argomentazioni, abbia parteggiato per le une o per l'altra. Purtroppo il silenzio ciceroniano a riguardo non ci dà alcun indizio in proposito[44]. Come vedremo in base a D.50, 16, 121 (*infra* pp. 100 ss.), nell'opera *De iure civili* di Q. Mucio si tramanda un significato di *fructus* che, se applicato rigorosamente, avrebbe portato a considerarvi contenuto anche il *partus ancillae*. Ciò non significa, però, per il modo in cui procedono nella loro *interpretatio* i *prudentes*, che allo stesso tempo Q. Mucio non potesse seguire la *sententia Bruti*, rispetto all'usufrutto dell'*ancilla*.

Dal punto di vista dogmatico, poi, bisogna evidenziare un passaggio concettuale importante[45] tra il tenore del parere di Bruto e le conseguenze che se ne traggono in rapporto al *ius* di *uti frui* da parte di Ulpiano. La nega-

[40] Iscrizione funeraria ritrovata a *Regium*; cfr. a riguardo, C. TURANO, *Note di epigrafia classica*, in *Klearchos* 5. 19 (1963), pp. 76 ss.

[41] J. LINDERSKI, *"Partus ancillae"* cit., in *Labeo* 33 (1987), pp. 197-198, che pensa al «post-Augustan period».

[42] *C. Iulius Iuliae divi / Aug(usti) f(iliae) l(ibertus) Celos [si]bi et / C. Iulio Iul[iae divi] Aug(usti) f(iliae) l(iberto) / Thiaso patr[i sexvir(o) A]ug(ustali) / [et Iu]liae divae Au[gustae l(ibertae)... ] / matri / ex testamen[to].*

[43] Cfr. gli argomenti critici del WATSON, *Partus ancillae* cit., in *Labeo* 38 (1992), pp. 337-338. D'altronde che, in età nelle quali la regola di Bruto era sicuramente applicata dai *prudentes*, potessero sorgere ancora dubbi da parte del *fructuarius* è provato da Gai. II, 50.

[44] Per il BEHRENDS, *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des* Q. Mucius Scaevola cit., pp. 282-283, invece, «die Ansicht des Brutus setzte sich durch, warscheinlich kraft der Autorität des *Q. Mucius...*"; vd. altresì, dello stesso A., Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 67.

[45] Problema risolto nel moderno diritto civile italiano codificato in termini di estensione dell'usufrutto «a tutte le accessioni della cosa» (art. 983 Cc. it. 1942), generalizzando le distinzioni, invece, presenti nel diritto romano tra alluvione e *insula in flumine nata*; cfr. a riguardo le giuste osservazioni del PUGLIESE, *Usufrutto* cit., pp. 272-273; F. DE MARTINO, *Usufrutto Uso Abitazione*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Scialoja - G. Branca, Libro III artt. 957-1026*, Bologna - Roma (1978[4]), pp. 188 ss. Più coerente alla regola romana è invece il *Code Napoléon* art. 596.



zione di Bruto, infatti, esclude che l'usufruttuario acquisti il parto della schiava. Ciò, però, nulla ci dice sulla possibilità che il *ius utendi fruendi* si estenda al parto stesso. È questione che non attiene più al contenuto dell'*uti frui*, ma al suo oggetto in caso di incrementi della cosa in usufrutto. Questo problema diviene tanto più evidente, quanto più l'interpretazione del *ius* di *uti frui* si venga ad emancipare dall''estensione' semantica di *fructus*.

Ritengo, infatti, che l'*hac ratione-habebit* di Ulpiano, in base al quale il *fructuarius* non solo non acquisterà il *partus ancillae*, ma non avrà su quello alcun usufrutto, celi un passaggio dogmatico importante[46].

Nell'ottica di Ulpiano, infatti, negare all'usufruttuario l'acquisto del *partus ancillae* in quanto *in fructu non est*, lascia ancora aperta la questione se su questo, come incremento dell'oggetto in usufrutto, si estenda comunque il *ius utendi fruendi*. La durata dell'usufrutto[47] e la regola *"fructus hominis in operis consistit et retro in fructu hominis operae sunt"* (Gaius D.7, 4, 4; vd. anche D.7, 4, 3 e Ulp. D.7, 4, 6)[48], impongono al giurista severiano un chiarimento del problema.

Nella concezione più antica, questa preoccupazione trovava già una risposta nell'*in fructu non est*?

L'*hac ratione* di Ulpiano dimostra che una tale conseguenza era sentita nella tradizione sabiniana come implicita nel parere di Bruto[49]. Se ciò è vero,

[46] La dottrina non si dimostra sempre avvertita della questione centrale che questo passaggio implica; vd. però, R. DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 131; G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 203.

[47] Che poteva andare ben oltre i 5 anni ricordati da Ulpiano in D. 7, 4, 6, 1 come età minima per l'utilizzazione nel lavoro dei *servi*.

[48] Il GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 202, accentua appunto «il contenuto della schiavitù, quello che era considerato lo sfruttamento dello schiavo, determinato dalla preminenza della sua attività intelligente, dal valore delle opere di lui»; cfr. sul punto altresì W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., pp. 87 ss.

[49] Il DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 131, estende addirittura il contenuto della *sententia Bruti* fino all'*habebit*, mentre Ulpiano da *quid tamen /in fin.* integrerebbe e correggerebbe «la troppo assoluta pronuncia di Bruto...". Per il BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 66, la motivazione introdotta dall'*hac ratione* «greift nur einen Teilaspekt auf...», quello appunto del sopravvenuto incremento della cosa oggetto di usufrutto. Per il GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., p. 203 n. 2, tale passaggio potrebbe far considerare proprio l'*hac ratione* frutto di una «contrazione riassuntiva» dei compilatori. Pur ammettendo una tale contrazione, in particolare in rapporto al *ius controversum* sulle accessioni alla cosa oggetto di usufrutto che emerge dal confronto tra D. 30, 63 (Serv.) e D. 7, 1, 9, 4 (*Pegasus- Sabinus?*), l'*hac ratione* esprime comunque la derivazione della conclusione dalla *sententia Bruti*.

e non abbiamo ragioni per dubitarne, la notizia è preziosa. Questo significa, infatti, che la regola *partus ancillae in fructu non est*, una volta maturata traendo spunto dalla *sententia Bruti*, era di per sé idonea a fornire una risposta esauriente non solo rispetto al problema del contenuto dell'*uti frui*, ma altresì del suo oggetto. La giurisprudenza tardorepubblicana e d'inizio principato non deve esplicitare ciò che invece il giurista severiano, che non esaurisce la valutazione del contenuto e dei limiti dell'*usus fructus* nel *fructus*, deve precisare[50].

Il parere di Bruto sul *partus ancillae* ed i problemi che esso dà ad Ulpiano nella seconda parte di D.7, 1, 68 pr., possono trovare luce se posti in relazione ad un parere di Servio Sulpicio Rufo (Cels. *17 digest.* D.30, 63)[51].

Celso ricorda un responso del giurista repubblicano secondo cui in un legato *per damnationem* (arg. dal *deberi* e da Gai. II, 203), avente ad oggetto *omnes ancillae et quod ex his natum erit*, al legatario non spetterebbe il *partus ancillae*, se la schiava sia morta (probabilmente dando alla luce il figlio)[52]. La ragione riposa sulla constatazione che il *partus*, rispetto all'*ancilla* che lo genera, evoca l'immagine della «cosa accessoria» rispetto alla «cosa principale» (*loco accessionis*), senza che a riguardo il giurista argomenti in base ad una presunta *voluntas testatoris*[53]. Da ciò si deve dedurre che morta la schiava, e venuto meno il rapporto di accessorietà, l'erede non sia più tenuto a dare al legatario il nato. Al di là del parere di Servio, che pone problemi rispetto al legato in esame, e che viene non a torto criticato da Celso, lo sforzo dogmatico di giustificare la mancata spettanza del *partus* al legatario in caso di morte dell'*ancilla*, potrebbe illuminare anche gli svolgimenti interpretativi sul *partus ancillae* dopo la *sententia Bruti*[54].

È significativa, infatti, la qualifica di esso *loco accessionis*, in collegamento alla questione degli incrementi sopravvenuti dell'oggetto in

[50] In questa prospettiva è puntuale la notazione dello HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., p. 2 che ritiene come nella *sententia Bruti* «das Wort *fructus* nicht sowohl das organische Erzeugniß einer Sache, als vielmehr den 'Fruchtgenuß' selbst bezeichnet». Vd. altresì H. GÖPPERT, *Über die organische Erzeugnisse* cit., p. 21.

[51] *Si ancillas omnes et quod ex his natum erit testator legaverit, una mortua Servius partum eius negat deberi, quia accessionis loco legatus sit: quod falsum puto et nec verbis nec voluntati defuncti accomodata haec sententia est.*

[52] Così la HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., p. 281.

[53] Per l'HORAK, *Rationes decidendi* cit., p. 168, Servio avrebbe dedotto la soluzione «aus einem juristischen Begriff..., ohne die Frage dem Willen des Erblassers überhaupt aufzuwerfen».

[54] In senso contrario M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 196 n. 192; F. HORAK, *Rationes decidendi* cit., I, p. 168.



usufrutto[55]. La concezione di Servio, se applicata al legato d'usufrutto della schiava, renderebbe coerente da un lato l'esclusione del *partus ancillae* dagli acquisti del *fructuarius* in quanto estraneo al *fructus ancillae*, e d'altro lato la sua acquisizione nel patrimonio del proprietario della schiava in quanto *loco accessionis*. Proprio perché il bambino ha un rapporto con l'*ancilla* come l'avrebbe una cosa accessoria rispetto alla principale, su di esso si sarebbe potuto estendere l'*usus fructus* costituito sulla schiava in termini di estensione dell'oggetto dell'usufrutto[56]. Data però la natura di *homo* del *partus ancillae*, non sarebbe stato possibile considerarlo un incremento «occulto e latente» della cosa-madre, come nell'*adluvio* (Ulp. *17 ad Sab.* D.7, 1, 9, 4[57]; vd. anche il *paulatim adicere* di Gai. II, 70), così da escludere un'estensione dell'usufrutto ad esso, come per l'incremento «separato» dell'*insula in flumine nata*, incremento caratterizzato da una sua autonomia corporale rispetto alla cosa principale (Pegaso parla, rispetto all'*insula in flumine nata* di un *proprius fundus*). La natura di cosa dotata di una propria configurazio-

[55] Esattamente O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 66, e in collegamento con D. 7, 1, 9, 4, p. 80 e n. 80.

[56] Il DE RUGGIERO, *Usufrutto* cit., p. 131, in base a D. 7, 1, 68 pr., esclude, invece, che il *partus ancillae*, oltre a non essere frutto, fosse considerato come «parte della madre o una accessione di lei; ma una cosa nuova; cui non può estendersi per virtù propria l'usufrutto». Come vedremo, se da una parte il richiamo all'autonomia ontologica tra *partus* e *ancilla* coglie un aspetto che assume importanza per negare l'estensione a quello dell'usufrutto sulla schiava, la terminologia serviana non lascia adito a dubbi: si procedette ad una analogia con l'*accessio*. Per il BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 80 n. 80, la qualifica del *partus ancillae* come *loco accessionis* dimostrerebbe come per Servio «ein Sklavenkind nach objektiven Recht als unselbständiges Zubehör zur Welt kommt» e quindi, analogamente al *peculium* perisce quando *principales res peremptae fuerint* (D. 33, 8, 2). Tale perimento, peraltro, non inciderebbe chiaramente sull'esistenza naturale del *partus ancillae*, ma solo sul suo essere oggetto del legato, proprio perché l'*accessio* soggiace alla «Denk- und rechtlichen Zuordnungsfigur der *res incorporalis*» (*ibidem*, p. 80 n. 80). Sulla diversa regola, probabilmente sabiniana, esprimente l'autonomia del *partus* dall'*ancilla* in base a Paul. *4 ad Sab*, D. 33, 8, 3, vd. O. BEHRENDS, *op. ult. cit.*, p. 80 n. 80; E. HERRMANN-OTTO, *Ex ancilla natus* cit., pp. 281-282.

[57] *Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo quod accessit tractari: et placuit alluvionis quoque usum fructum ad fructuarium pertinere. sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius usum fructum ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat: esse enim veluti proprium fundum, cuius usus fructus ad te non pertineat. quae sententia non est sine ratione: nam ubi latitet incrementum, et usus fructus augetur, ubi autem appaeret separatum, fructuario non accedit.* Vd. a riguardo G. GROSSO, *Usufrutto*[2] cit., pp. 178-180; p. 203; P. MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli (1970), pp. 19-20; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 74 n. 66; 79 n. 78; in rapporto al § 3, vd. altresì G. NEGRI, *Diritto minerario romano* I, Milano (1985), pp. 291-299.

ne e separatezza materiale rispetto alla cosa a cui accede dell'*insula in flumine nata*, ne impedisce, in sostanza, la soggezione al regime dell'usufrutto gravante sulla cosa principale.

Servio, quindi, pur configurando il *partus ancillae* come *loco accessionis*, doveva però trarne le dovute conseguenze in rapporto alla sua natura di *homo*, che per la indipendenza ontologica dall'essere umano che lo genera, non poteva che considerarsi un *incrementum separatum* che accede al *dominium* su di essa.

C. *La* sententia Bruti *non modifica, anzi conferma la nozione di* fructus *comune a Manilio e Publio Mucio, in quanto eccezione limitata agli uomini della applicabilità della nozione naturalistica di frutto*

In questa sede interessa cogliere l'incidenza della *vetus quaestio* sul concetto di *fructus*. A me sembra si possano distinguere due aspetti significativi.

In primo luogo la presenza di una concezione dominante (M'. Manilio e P. Mucio) che, accentuando soprattutto la rilevanza patrimoniale dello schiavo come *res familiaris*, considera il *partus ancillae in fructu*. A questa concezione si contrappone Giunio Bruto con un'argomentazione di natura etico-giuridica che accentua nel *partus ancillae* la natura di *homo*.

La soluzione di Bruto è un'eccezione ristretta alla procreazione umana (*ne...esse potest*) alla nozione di frutto come cosa nata *ex corpore*, la quale, come vedremo, è regola ancora nei *XVIII libri iuris civilis* di Q.Mucio.

Il contenuto ed il significato del dissenso di Giunio Bruto impediscono di dedurre da esso un differente concetto di *fructus*. Proprio l'essere una reazione ad una applicazione aberrante del sistema di produzione schiavistico impedisce generalizzazioni argomentative. Forse essa, se intesa in termini di *media sententia*, potrebbe evocare una minoritaria linea interpretativa più sensibile alla concezione di origine filosofica, che coglie nella destinazione al soddisfacimento dei bisogni umani la connotazione caratteristica della categoria. Di certo, però, ed è questo che qui più interessa, Manilio e P. Mucio - e lo stesso G. Bruto secondo l'interpretazione qui proposta – sono i sostenitori di una nozione naturalistica di *fructus*, quella ereditata dalla *interpretatio* alle XII Tavole.



3. *Il* ius controversum *tardorepubblicano e di inizio principato in materia di* fetus pecudum *riflette due regole relative al modo d'acquisto dei nati degli animali*

> Ulpianus *libro septimo decimo ad Sabinum* D.7, 1, 68, 1
> *Fetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere*
> Gaius *libro secundo rer. cott.* D.22, 1, 28 pr.
> *In pecudum fructu etiam fetus est sicut lac pilus et lana...*

Queste fonti dell'età classica contengono tracce di una discussione sulla natura di frutti dei nati dagli animali[58]. A quando far risalire questa controversia e le ragioni ad essa sottintese non è facile dire.

Rispetto alla prima questione, sappiamo che Catone il censore, in uno dei formulari contrattuali raccolti nel *de agri cultura* (150), considera l'agnello un frutto della pecora[59]: tecnicamente si considera tale soltanto quello sopravvissuto almeno un giorno ed una notte.

In base a D.7, 1, 68, 1, Sabino e Cassio avrebbero di nuovo considerato i *fetus pecorum* come frutti dei singoli capi di bestiame, ponendo le basi per il superamento della questione. Non mancano peraltro strascichi di essa nella giurisprudenza successiva, così come dimostrano il *tamen* ulpianeo, l'*etiam* di Gaio, gli elenchi di Gai. D.20, 1, 15 pr. e PS. II, 17, 7[60], e le testimonianze nelle quali si sente la neccessità di affermare esplicitamente la natura di frutto dei nati degli animali (ad es. Pap. D.22, 1, 8).

Va detto, peraltro, che, data la testimonianza di Ulpiano, Cassio e Sabino potrebbero ritenere i nati dagli animali come cose che spettano all'usufruttuario, senza però considerarli necessariamente frutti degli stessi (*Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere*). Ulpiano, però, considera questa affermazione come conseguenza di detta qualifica. Ne è conferma proprio il *tamen*: pur negandosi natura di frutto della schiava al *partus ancillae*, ciononostante, per Ulpiano, Sabino e Cassio ritennero che

[58] Così giustamente G. E. HEIMBACH, *Die Lehre von der Frucht* cit., pp. 12-13; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 462-465; più di recente M. KASER, *Partus ancillae* cit., p. 157 e n. 11 e p. 172 n. 76; M. SCARLATA FAZIO, *Frutti* cit., pp. 194-195; O. BEHRENDS, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 79 n. 78; J. FILIP-FRÖSCHL, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 99 ss.

[59] *Fructum ovium hac lege venire oportet... hisce legibus agnus diem et noctem qui vixerit in fructum.*

[60] *Ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum...; ex die emptionis... et fructus et operae <servorum> et fetus pecorum et ancillarum partus .*

il *fetus pecorum* spettasse all'usufruttuario. Che tale spettanza fosse fondata, per Sabino e Cassio, sulla riconosciuta natura di frutto del nato della pecora, è, quindi, adeguato al discorso di Ulpiano, che presuppone la non spettanza del *partus ancillae* all'usufruttuario proprio per l'esclusione di questi dal novero del *fructus hominis*. In ogni caso, nella scuola sabiniana, come confermano Gaio (D.22, 1, 28 pr.) e Giuliano (D.21, 2, 43), la qualifica del nato dell'animale come suo frutto è seguita.

Quella del *fetus pecudum* è, quindi, una *vetus quaestio*, come quella sul *partus ancillae*, nel senso che è discussa dai giuristi che vanno da coloro *qui fundaverunt ius civile* alle *sectae iuris*.

Rispetto alle ragioni che sottendono all'esclusione dei nati dagli animali dal novero dei frutti degli stessi, è stato autorevolmente ipotizzato un collegamento con la *sententia Bruti*. Si tratterebbe di due soluzioni sorrette da una identica nozione di frutto, che esclude dal concetto la partecipazione alla stessa specie del generante e del generato, secondo concezioni filosofiche recepite dai giuristi romani[61]. Di qui una discussione che prende corpo anche in base a supposte influenze filosofiche.

Questa ipotesi, pur in astratto possibile, non trova però un preciso riscontro nelle fonti[62] e, di per sé, non è adeguata a spiegare le ragioni sostanziali che portano ad escludere i nati dagli animali dal novero dei frutti. Questa esclusione rimane da chiarire in quanto non si giustifica né dal punto di vista di un presunto fine esclusivamente alimentare del frutto (*ad vescendum*)[63] o più lato di soddisfacimento dei bisogni umani (*ad usum hominis*), né da quello della difficoltà di ascrivere il nato dell'animale nella nozione della cosa nata *ex ipso corpore* della cosa-madre (vd. a riguardo *infra* D.50, 16, 121, pp. 100 ss.).

[61] P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 463-464; M. Kaser, *Partus ancillae* cit., p. 157; O. Behrends, Tiberius Gracchus *und die Juristen seiner Zeit* cit., p. 67 e n. 99; Id., *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 79; J. Filip-Fröschl, *Partus et fetus et fructus* cit., pp. 99-100.

[62] Non lo è a mio avviso la motivazione della *sententia Bruti* come tramandata in D. 7, 1, 68 pr. «*ne... enim in fructu hominis homo esse potest*», su cui si basano gli Autori citati *supra* pp. 88-89 n. 31. Essi, infatti, sembrano intenderla nel senso che il genitivo *hominis* sia relativo ad *homo* e non a *fructus*, così da interpretare la frase come esclusione dal concetto generale di *fructus* dell'essere umano generato dall'essere umano (*hominis homo in fructu non est*): in sostanza intendono la *sententia Bruti* come una definizione per disconoscimento (questo non è x perché c'è k); vd. per questo tipo di definizioni L. Lantella, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano (1979), pp. 57-59. Al contrario, però, mi sembra che il tenore della proposizione sia adeguato ad una esclusione non fondata dalla presenza di una caratteristica del *partus ancillae* che gli impediva di rientrare nella nozione di frutto, quanto di una sua esclusione, in quanto *homo*, dal *fructus hominis*, in base ad una considerazione dell'aberrazione insita in un tale riconoscimento, considerazione che può aver tenuto altresì conto anche delle conseguenze concettuali che una tale inclusione avrebbe comportato per il *partus ancillae-homo*. Anche nell'eventualità che non si accetti di seguire l'interpretazione da me proposta della *sententia Bruti*, relativa ad una eccezione alla regola non fondata su una diversa nozione di *fructus*, non mi sembra che il *ne... esse potest* deponga a favore di un concetto per il quale era esclusa l'identità di specie tra generante e generato.



Nell'àmbito dell'ipotesi interpretativa summenzionata, si è approfondito il collegamento tra la questione dei nati degli animali e le discussioni che la *sententia Bruti* innesca nella giurisprudenza successiva riguardo alla natura giuridica del *partus ancillae*, ed in particolare la qualifica di questo in termini di *loco accessionis* in Servio (Cels. D.30, 63 su cui *supra* p. 94). Ciò avrebbe comportato la maturazione di una regola nella scuola proculiana, quella evocata dal *proprius fundus* di Pegaso in D.7, 1, 9, 4 (su cui vd. *supra* pp. 95 ss.). Secondo questa ipotesi, anche i *fetus pecudum*, come il *partus ancillae*, spetterebbero al proprietario e non all'usufruttuario, in quanto accessioni (separate) alla cosa in usufrutto. Così, in base a questo principio giuridico proprio dei modi di acquisto della proprietà, l'esclusione dei nati degli animali dalla nozione di frutto avrebbe comportato una soluzione fondata su premesse esclusivamente teoriche (echeggianti precise costruzioni filosofiche) a spese dell'usufruttuario[64].

Ritengo, al contrario, che nelle fonti siano rimasti indizi di una regola diversa da quella dell'acquisto dei nati in quanto frutti dell'animale, fondante l'acquisto dei nati degli animali in termini di occupazione (I.2, 1, 19: *item ea, quae ex animalibus dominio tuo subiectis nata sunt, eodem iure tibi adquiruntur*; cfr. Flor. in D.41, 1, 6). I nuovi nati sarebbero considerati una *res nullius* (cosa invece impossibile per il *partus ancillae* in quanto *homo*), suscettibile di subire l'impossessamento acquisitivo dell'occupante. Quindi l'usufruttuario, per i giuristi che seguissero una tale costruzione, avrebbe comunque potuto far propri i nati degli animali in usufrutto, sebbene non in conseguenza del suo diritto ai frutti, ma in base all'occupazione.

Contro questa regola si schierano Sabino e Cassio, i quali ritengono che il *fetus pecorum* sia cosa che spetta all'usufruttuario come conseguenza del suo *uti frui*. Non è possibile dire se tale conclusione derivi sicuramente dalla sua ascrivibilità nel *fructus pecorum*. Questa qualifica è invece dato acquisito in Giuliano (D.21, 2, 43: *vitulum fructum esse vaccae*), Gaio (*in pecudum*

[63] Semmai un tale requisito, qualora sia mai esistito per la nozione di *fructus* (lo ipotizza M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., p. 190), doveva facilitare la qualifica del nato dall'animale nei suoi frutti, più che la lana.

[64] O. Behrends, *Prinzipat und Sklavenrecht* cit., p. 79.

*fructu etiam fetus est...*) e nello stesso Ulpiano, che coglie una contraddizione tra il parere di Sabino e Cassio per i nati dagli animali e l'esclusione dalla nozione di frutto del *partus ancillae* secondo la *sententia Bruti*.

Le ragioni del *ius controversum* tradorepubblicano in materia di *fetus pecudum* sembrano acquisire lineamenti meno confusi. Si tratterebbe di una discussione fondata su due regole diverse relative ai modi d'acquisto dei nati degli animali. Da una parte, una linea interpretativa che, seguendo forse l'antica estensione ai nati dal bestiame dell'acquisto originario degli animali (selvatici o addomesticabili) per occupazione, accentuava la loro natura di *res nullius*. D'altra parte, un filone interpretativo che, già attestato nel formulario di vendita di Catone il censore (*de agri cult.* 150), considera i nati dal bestiame domestico come *fructus* e quindi spettanti, con la separazione, al *dominus* della madre o all'avente diritto ai frutti.

### 4. *La nozione di* fructus *nei* XVIII libri iuris civilis *di Quinto Mucio Scevola* pontifex *come bene nuovo nato* ex ipso corpore *della cosa-madre*

A. *D.50, 16, 121:* Usura pecuniae in fructu non est. *L'esclusione degli interessi pecuniari percepiti dalle somme date in prestito viene fondata sul non soddisfacimento del requisito della derivazione del frutto* ex ipso corpore.

> Pomp. *libro sexto ad Q.Mucium* D.50, 16, 121
> *Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione*[65]

[65] La L. 121 D. 50, 16 ha rappresentato la regola cardine in materia di *usurae* fino al XIX secolo; Essa entra in crisi alla fine del XIX e inizio del XX secolo, all'interno di una concezione degli interessi del danaro come 'frutti' del capitale, in quanto è regola che non è suscettibile di una lettura coerente con questa concezione. A riguardo, fondamentale, F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* cit., VI, 102 ss. e n. a-b; pp. 140 ss.; cfr. altresì il disagio espresso dal L. von Petražycki, *Die Lehre vom Einkommen* cit., II, pp. 177 ss.; in particolare p. 179 e pp. 200 ss., p. 206. Per gli storici dell'economia il passo dimostrerebbe «l'ignoranza del valore produttivo del danaro» che avrebbe impedito di cogliere il «nesso tra *sors* e *usura*» (H. von Scheel, *I concetti economici fondamentali del* Corpus Juris Civilis, trad. it. in *Biblioteca di storia economica*, diretta da V. Pareto, I. 2 Milano 1906, pp. 730 ss. [= *Due saggi intorno ai concetti economici di valore nell'antichità classica*, in *Antiqua* 13, con nota introduttiva di G. Melillo, Napoli (1981), pp. 23 ss. ], le parole riportate sono a p. 744 [=p. 38]), ignoranza coerente con una concezione del danaro come semplice «mezzo di scambio» (C. Nicolet, *Il pensiero economico dei Romani*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, vol. I *L'antichità classica*, Torino 1982, pp. 877 ss., in particolare pp. 908-918; Id.,



Il commento di Pomponio in 39 libri ai diciotto libri *De iure civili* di Quinto Mucio Scevola il pontefice rispetta l'ordine dell'opera commentata[66]. Il sesto libro corrisponde all'incirca al secondo libro dell'opera muciana. Siamo all'interno della parte dedicata ai legati ed in particolare *De usufructu legato*[67]. Il giurista deve stabilire se nel contenuto di un legato d'usufrutto

*Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, in *Athaeneum* [1984], pp. 105 ss.; in parziale disaccordo col Nicolet, vd. E. Lo Cascio, *Teoria e politica monetaria a Roma tra III e IV sec. d. C.*, in *Società romana e impero tardoantico I. Istituzioni ceti e economie*, a cura di A. Giardina, Roma-Bari [1986], pp. 535 ss. testo; pp. 779 ss. note) ed espressione di una sua condanna morale come autonoma fonte di nuova ricchezza, in quanto *contra naturam* (G. Tozzi, *Economisti greci e romani*, Milano [1961], p. 452). Il '900 ha rappresentato sicuramente l'età 'critica' del frammento in esame, nel senso che esso viene a trovarsi fortemente sminuito nel suo significato storico e dogmatico dalla prospettiva dell'interprete di questo secolo. Al di là, infatti, del ribaltamento della regola realizzatosi nei codici e soprattutto nell'interpretazione su questi, dal punto di vista romanistico emerge la tendenza a rimuoverlo o a non valorizzarlo nella prospettiva, spesso inconsapevole, degli interessi come 'frutti' del capitale: cfr. ad es. C. Fadda, *Le* usurae quae officio judicis praestantur, in RISG. 2 (1886), p. 355; in RISG. 3 (1887), p. 24 [=Id., *Studi e questioni di diritto*, Napoli (1910), pp. 229 ss. ]; S. Perozzi, *Istituzioni*[2] cit., p. 590; e più di recente J. L. Linares Pineda, *Las doctrinas de la adquisición de fruitos,* in BIDR. 90 (1987), p. 450; H. Wagner, *Remarks on the History of Interest on Loans*, in *Historia del derecho privado. Trabajos en homenaje a Ferran Valls i Taberner*, a cura di M. J. Peláez, Barcelona (1989), vol. X, pp. 2815-2816. Meno condizionati nella lettura del frammento dalla concezione degli interessi come frutti del capitale, H. Reichel, *Der Begriff der Frucht* cit., pp. 225-226; P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, pp. 454-455; H. Heumann-E. Seckel, *Handlexikon* cit., p. 223; N. Herzen, *Les produits de la chose et le possesseur de bonne foi*, in *Mél. Girard* 1, p. 546; V. Scialoja, *La teoria della proprietà*, I cit., pp. 98-99; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 191; M. Bretone, *Frutti* cit., p. 666 e in rapporto a n. 25; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] cit., I, p. 384; M. Scarlata Fazio, *Frutti* cit., p. 197; C. Rascón, *Los intereses de la dote D. 23, 3, 69, 1*, in RIDA. 23 (1976), p. 214; F. Benedek, *Eigentumserwerb an Früchten im römischen Recht* cit., p. 4; Id., *Fruchterwerb des Eigentümers* cit., pp. 80-81; richiama soltanto il testo R. Herrera Bravo, Usurae. *Problemática jurídica de los intereses en derecho romano,* Universidad de Jaén (1997), p. 24; M. Salazar Revuelta, *La gratuidad del* mutuum *en el derecho romano*, Jaén (1999), p.78.

[66] O. Lenel, *Das Sabinussystem*, Strassburg (1892), pp. 11 ss. [= in *Gesammelte Schriften*, hrsg. O. Behrends - F. D'Ippolito, II 1892-1901, Antiqua 53, Napoli (1990), pp. 1 ss. ]; F. Bremer, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt I. Liberae rei publicae iuris consulti*, Lipsiae (1896), pp. 62-64; S. Di Marzo, *Saggi critici sui libri di Pomponio* ad Quintum Mucium, Palermo (1900), II, pp. 123-124; G. Scherillo, *Il sistema civilistico*, in *Studi Arangio-Ruiz* IV, pp. 445 ss., in particolare 447 [= *Scritti giuridici I. Studi sulle fonti*, Milano (1992), pp. 15 ss., 17]; F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* cit., pp. 111-112; M. Lauria, *Ius Romanum* cit., I, 1, p. 65; D. Liebs, Variae lectiones *Zwei Juristenschrift*, in *Studi Volterra* V, pp. 51 ss., in particolare 72 ss. e 74 n. 93. Ora per un sintetico quadro dei temi toccati dal *De iure civili* di Q. Mucio, vd. anche V. Giuffrè, *La traccia di Quinto Mucio*, Napoli (1993), pp. 22-23 n. 21.

[67] Contra S. Di Marzo, *Saggi critici* cit., I (1899), pp. 51-53; II cit., p. 121 che pensa a *De legatis indebite solutis*, senza peraltro un approfondimento di D. 50, 16, 121 che viene semplicemente col-

rientrino anche gli interessi pecuniari percepiti dalle somme di danaro date in prestito.

Riguardo al tipo di situazione sottintesa, si deve pensare più che ad un legato d'usufrutto del *nomen*[68], ad un legato d'usufrutto degli *omnia bona*, che sollevi la questione se le *usurae* ricavate dalle somme di danaro del patrimonio ereditario date in prestito[69] siano del legatario in base al suo diritto d'usufrutto sull'intero patrimonio[70].

legato a D. 6, 1, 62 e D. 22, 1, 34, pur riconoscendo che i libri IV e V del commento di Pomponio trattassero *De usufructo legato* e *De usu legato* e svalutando l'*inscriptio* di D. 7, 4, 22.

[68] In astratto, infatti, sebbene l'emanazione del SC. sul quasi-usufrutto modificherà la prospettiva da cui i giuristi guardano e danno rilevanza al legato d'*usus fructus nominis*, ciò non implica che esso non si potesse porre all'attenzione della giurisprudenza prima del SC. stesso. In questi termini, il problema potrebbe assumere una certa importanza riguardo alla valutazione del legato di credito come legato della *res debita* in termini di *res corporalis*; vd. B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto obbligatorio nel diritto romano*, Napoli (1964), pp. 21 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* I, Padova (1964), pp. 9 ss.; M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla* liberatio legata, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 44 (1963-64), pp. 627 ss. Se però, in concreto, si tiene conto che nel caso rilevante in D. 50, 16, 121 la *res debita* è *pecunia*, perde rilevanza il collegamento col legato di credito, dato che una volta esatta la somma di danaro dovuta, non sarebbe stato possibile prima del SC. trasferirla al legatario come oggetto del suo diritto d'usufrutto, data la sua natura di cosa consumabile.

[69] Il punto merita un chiarimento. Il legato d'usufrutto *omnium bonorum* è sicuramente presente nella prassi ben prima del senatoconsulto sul cd. quasi usufrutto; vd. G. GROSSO, *Usufrutto*² cit., pp. 425-426 in base a Cic., *Top.* 3, 17; vd. altresì Cic., *Pro Caec.* 4, 11, su cui G. CRIFÒ, *Studi sul quasi-usufrutto*, I, Padova (1977), pp. 67 ss. Il problema, per come è impostato in D. 50, 16, 121, non coinvolgerebbe l'usufrutto della *pecunia* come tale, ma la possibilità che l'usufruttuario acquisti gli interessi maturati sui crediti dell'eredità. Non coinvolge, invece, l'altro problema dei poteri del legatario dell'*usus fructus omnium bonorum* sulle cose consumabili prima del SC. sul cd. quasi-usufrutto. A questo riguardo, peraltro, la testimonianza di Cic. *Pro Caec.* 4, 11, che parla di *frui una cum filio* rispetto alle *res in patrimonio* (su cui vd. ora J. W. TELLEGEN - O. TELLEGEN COUPERUS, *Joint Usufruct in Cicero's Pro Caecina*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays B. Nicholas*, ed. by P. BIRKS, Oxford [1989], pp. 195 ss.) nulla ci dice rispetto alle cose consumabili presenti nel patrimonio ereditario, né tanto meno è rilevante per accertare un'eventuale facoltà dell'usufruttuario *omnium bonorum* di dare in prestito le somme di danaro comprese nell'eredità. In realtà, da come i giuristi classici descrivono gli effetti del SC. sul quasi usufrutto *post quod omnium rerum usus fructus legari poterit*; D. 7, 5, 3; *omnium rerum quas in cuiusque patrimonio esse constaret usus fructus legari poterit*, D. 7, 5, 1; vd. altresì D. 33, 2, 1 e D. 35, 2, 69, sembra che, prima del senatoconsulto: a) le cose consumabili, pur in astratto contenute nelle espressioni usate dal testatore come *omnia bona, omne quod meum est, omnes res quae in patrimonio sunt,* non venissero valutate dai *prudentes*, in sede interpretativa, come contenute nel legato d'usufrutto che peraltro veniva considerato valido ed efficace; b) i crediti ponessero una questione a sé, sebbene dopo il riconoscimento della possibilità di contenerli nella disposizione del senato, si impose anche ad essi il regime della *cautio*.

[70] Altra ipotesi propone il LENEL, *Palingenesia iuris civilis,* Lipsiae (1889; rist. con L. E.



La giurisprudenza successiva al SC. sul cd. quasi-usufrutto[71] estende il legato d'usufrutto *omnium bonorum* ai crediti in base al SC. stesso (vd. Pomp. 5 *ad Sab.* D.35, 2, 69; Cass. e Proc. in D.7, 5, 3; Papin. in D.33, 2, 24 pr.). Al contrario, invece, in D.50, 16, 121 tutto il discorso si muove nell'ottica dell'ampiezza del diritto d'usufrutto ed in particolare sul significato di *fructus* e sull'ascrivibilità in esso dell'*usura pecuniae.*

Giusta l'emanazione del SC tra il 44 a.C. (Cic., *Top.*, 3, 17)[72] e al massi-

SIERL, *Supplementum*, Graz, 1960), II, col. 65 n. 3, che pensa ad un usufruttuario che, venduto ad altri l'esercizio del suo diritto d'usufrutto sulla cosa, percepisca degli 'interessi' sul prezzo pattuito in base alla regola applicata in materia di compravendita. In questo caso, però, il modo di esprimersi della testimonianza non sarebbe adeguato. Non si comprende, infatti, in che senso fosse essenziale negare natura di *fructus* alle *usurae pretii* che il compratore dell'esercizio dell'*uti frui* avrebbe dovuto pagare al venditore-usufruttuario, nel caso in cui quest'ultimo abbia già reso possibile l'esercizio dell'*uti frui*, senza un contestuale pagamento del prezzo dovuto. Accertare se queste *usurae* fossero o meno un frutto, per assumere una qualche rilevanza nel rapporto tra venditore-usufruttuario e acquirente dell'esercizio del godimento, potrebbe semmai essere acconcia agli interessi pecuniari pagati da terzi in relazione ai beni in usufrutto. Cfr. sul problema del *praestare usuras* nella compravendita, C. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* 'usurae' *cd. legali nel diritto romano*, Milano (1969), pp. 21 ss.; e più di recente, R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins*, in ZSS. 105 (1988) R. A., pp. 514 ss.; M. TALAMANCA, *Vendita (dir. rom.)*, in ED. XLVI (1993), pp. 420 ss. In D. 50, 16, 121, poi, sia si mantenga l'attuale tenore, sia si elimini il *nova*, l'autore ha presente *usurae* dovute in base ad una *obligatio*, ed in particolare, come vedremo, ad una obbligazione autonoma nata dalla *stipulatio usurarum*. Ad *usurae* pagate sul prezzo non si collega infine la *nova obligatio*, dato che si tratta eventualmente di *usurae ex eadem obligatione* in base all'*officium iudicis*; Herm. D. 19, 1, 49; Pap. D. 16, 3, 24.

[71] Sul SC sul cd. quasi-usufrutto vd. *infra* pp. 208 ss.

[72] Cic., *Top.* 3, 17: *Ex contrario autem sic: Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare id ad se pertinere. Usus enim non abusus legatus est. Ea sunt inter se contraria.* Secondo dottrina consolidata, Cicerone, pur all'interno di un elenco di *topoi* retorici, tramanderebbe una preziosa notizia sull'inesistenza, per quest'epoca, dell'usufrutto di cose consumabili, come appunto il vino e l'olio contenuti nelle celle vinarie ed olearie; G. NOODT, *De usufructu libri duo*, in *Opera omnia*, Neapoli (1786), (caput XX) II, p. 167; G. F. PUCHTA, *Über das Alter des* quasi-usufructus, in *Rh. Museum* 3 (1829), pp. 82 ss. [= *Kleine civilistischen Abhandlungen*, Leipzig (1851), XI, pp. 214 ss.]. Contro questa tesi si è espresso il CRIFÒ, *Due note sulle cose consumabili nel diritto romano*, in *Studi Grosso* II, pp. 119 ss.; ID., *L'*argumentum ex contrario *in Cicerone e Boezio, con particolare riferimento a Cicerone,* Top. 3, 17, in *Hommages Renard*, I, pp. 280 ss.; ID., *Studi sul quasi usufrutto I. Problemi di datazione*, cit., pp. 119 ss. Premesso che lo spostamento all'età di Cesare del senatoconsulto non determinerebbe ai fini del discorso che svolgo in rapporto al *De iure civili* di Q. Mucio alcuna modificazione, mi sembra tuttavia che i dubbi sollevati in dottrina sulla tesi del Crifò siano convincenti; vd. a riguardo F. GALLO, in *Iura* 28 (1977), pp. 234-237. In particolare, il tentativo di spostare l'oggetto del discorso svolto in *Top.* 3, 17 dal contenuto delle *cellae* alle *cellae* stesse, come spazi adibiti ad una certa funzione economico-sociale (pp.

mo l'età di Tiberio (Sabino D.7, 5, 5, 1; Nerva *pater*, Proculo e Cassio, D.7, 5, 3 Ulp. *18 ad Sab.*)[73], si deve dedurre che la regola affermata in D.50, 16, 121 sia di Q.Mucio. Il successivo intervento del Senato[74], *utilitatis causa*, conferma l'impossibilità di raggiungere con effetto immediato lo stesso risultato attraverso l'*interpretatio prudentium*, cioè lo strumento principale di elaborazione e sistemazione del *ius civile* in quest'epoca.

Q. Mucio utilizza una nozione naturalistica di frutto, sia nel risultato,

144-148), mi sembra non coerente col tenore della testimonianza e con lo stesso *topos* retorico *ex contrario* entro il quale si esplicita la *ratio* dell'*exemplum ex iure*; sulle fonti degli *exempla* utilizzati nei *Topica*, vd. ora una messa a punto dello *status quaestionis* in F. BONA, *Cicerone e i "libri iuris civilis" di Q. Mucio Scevola* cit., pp. 254-259. Il legato d'usufrutto ha ad oggetto tutti i beni del marito *(usus fructus bonorum meorum)*, quindi anche le celle vinarie ed olearie. Ma il *cellis vinariis et oleariis plenis relictis* del testo ciceroniano esprime la situazione di fatto che presuppone il problema giuridico da risolvere. L'argomento sul quale si fa forza è tecnico-giuridico e, per Cicerone, andrebbe ascritto nel *topos* retorico *ex contrario*. La moglie, infatti, usufruttuaria di tutti i beni del marito, lasciate da questi colme le celle vinarie e olearie, ritiene di poter acquistare al suo patrimonio i beni in esse contenute cioè vino ed olio, in quanto 'frutti'. L'*id ad se pertinere* è linguaggio tecnico ed esprime proprio questa convinzione della moglie; vd. F. GALLO, *op. ult. cit.*, 236. La fonte giuridica a cui Cicerone attinge l'esempio, invece, nega che ciò le spetti a differenza del vino e dell'olio da lei prodotti nell'esercizio del suo *ius* di *uti frui* sugli *omnia bona*. Quelli che riempiono le celle non possono essere da lei acquistati in proprietà, perché non sono stati da lei percepiti nell'esercizio del godimento espresso dall'*uti frui*, ma cose consumabili già prodotte al momento del *dies cedens*. Su di esse l'*uxor* ha solo un *uti*, cioè una facoltà di utilizzazione limitata ai bisogni personali. L'*abusus* non ha quindi nella fonte ciceroniana necessariamente il significato di uso che implica consumazione, ma quello di 'andare oltre l'uso ammesso' di *male uti*, come ha esattamente precisato il CRIFÒ, *op. ult. cit.*, p. 185 e nessun *frui*, cioè nessuna facoltà di sfruttamento delle potenzialità di reddito di queste cose. Fondamentale a riguardo la stessa posizione di Sabino e Nerva in D. 7, 8, 12, 1 fondata sul *sed ad usum, scilicet non usque ad abusum* proprio in relazione a olio, frumento e *fruges*. In *Tit. Ulp.* XXIV, 27: *senatus consulto cautum est, ut etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur, ut puta vini, olei, tritici ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis*, invece, *abusus* ha proprio il significato di uso che implica consumazione. Al contrario per il CRIFÒ, *op. ult. cit.*, 142 ss., oggetto dell'*abusus* in Cic. *Top.* 3, 17 sarebbero le celle come tali, che in quanto piene permetterebbero un loro uso soltanto previo svuotamento, a «grave danno» della «produzione» di vino e di olio che ivi si svolge.

[73] Vd. altresì D. 7, 5, 2 pr. -1; *Tit. Ulp.* XXIV, 27 vd. n. precedente; I. 2, 4, 2. Sul punto vd. *infra* pp. 208 ss.

[74] Ulteriore elemento della datazione non alta del senatoconsulto, data la crescita quantitativa dall'età postcesariana di tale fonte del diritto; vd. ad es., pur con sfumature diverse, lo stesso G. CRIFÒ, *Attività normativa del senato in età repubblicana*, in BIDR. 71 (1968), pp. 31 ss.; e F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, 1, Napoli (1974²), pp. 563-567; R. J. A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton Un. (1984), pp. 431 ss.



sia nel processo di produzione[75]. Una cosa per essere frutto di un'altra deve venire in esistenza, derivare (*ex*...) 'corporalmente' da quella, che ne è unica causa efficiente[76].

L'ulteriore approfondimento introdotto con l'*id est* sembra la conseguenza di uno sviluppo interpretativo della regola più antica che coinvolge il concetto di *corpus*[77] in relazione alla *pecunia credita*.

Il giurista, in sostanza, verifica la tenuta della regola più antica rispetto agli interessi pecuniari. Egli precisa che gli interessi percepiti dalle somme date in prestito non derivano dalla stessa obbligazione avente ad oggetto la *pecunia credita*, ma da una *nova obligatio*.

L'autore del *nova* ha, quindi, in mente esclusivamente lo schema *mutui datio - stipulatio usurarum*[78]. Egli sembra non dare rilievo, invece, alle *usurae* dovute insieme all'*obligatio* principale, *officio iudicis*, in base ad un'unica *causa obligationum*, come invece dall'età di Labeone, le *usurae* riconosciute per mora, uso indebito e patto nell'*oportere ex fide bona* nato dalla vendita, dalla società, dal mandato, dalla *negotiorum gestio* e dalla tutela[79].

[75] F. DUARENI *in septimam partem pandectarum sive digestorum commentarii*, in *Opera omnia*, Lucae (1766), III, p. 499; R. JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig (1844), p. 65; H. REICHEL, *Der Begriff der Frucht* cit., p. 226; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 454; e di recente F. BENEDEK, *Fruchterwerb des Eigentümers* cit., pp. 80-81.

[76] La *causa 'id ex quo'* è presente nella dogmatica sulle *causae* / αἰτίαι della Stoa (τὸ ἐξ οὗ τι γίγνεται; Sext. Emp., *Math.* 10, 7 = SVF. II, 162, 1, 19 ss.) che sviluppa idee aristoteliche (τὸ ἐξ οὗ γίγνεται; Arist., *Phys.* II, 3, 184b 16; Sen., *Ad Luc.* VII, 65, 4) e platoniche (*id ex quo*; Sen., *Ad Luc.* VII, 65, 8). Vd. a riguardo la messa a punto di A. M. IOPPOLO, *Il concetto di causa nella filosofia ellenistica e romana*, in ANRW. II. 36. 7 (1994), pp. 4491 ss. Nella dottrina romanistica si soffermano particolarmente sulla ricchezza di significati del concetto di *causa* V. GEORGESCU, *Le mot* causa *dans le latin juridique* (1934-35), in *Études de philologie juridique et de droit romain*, Bucarest-Paris (1940), pp. 129 ss.; e più di recente D. NÖRR, *Causa mortis*, München (1986), pp. 25 ss.; A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona (s. d. ma 1996), pp. 33 ss. Sul rapporto con contratto vd. da ultimo, C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, Atti Palermo 1995*, a cura di L. VACCA, Torino (1997), pp. 35 ss.

[77] Giustamente il SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 455, coglie in questa seconda parte un «anderen, übertragenen Sinn».

[78] Vd. sulla *pecunia credita sub usuris* in Q. Mucio, Cels. D. 17, 1, 48. Sulla struttura giuridica evocata dal *nova obligatione* cfr. già *J. CUIACII recitationes solemnes ad tit. XVI De verb. sign.*, in *Opera omnia* cit., VIII, col. 576 B; TH. GIMMERTHAL, *Über die Officialzinsen*, in *Arch. civ. Praxis* 61 (1878), 375; P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht* cit., I, p. 455.

[79] Pomp. *13 ad Sab.* D. 17, 2, 60 pr.: vd. a riguardo G. CERVENCA, *Usura (dir. rom.)*, in ED. XLV (1992), pp. 1125 ss. Per altri esempi di *usurae* nate dalla medesima *causa obligationum* della

Lo svolgimento interpretativo della seconda parte di D.50, 16, 121 fonda l'*in fructu non esse* sulla constatazione che le *usurae* non sono prodotte *ex ipso corpore,* ma da un'autonoma *causa obligationum,* in particolare la *stipulatio usurarum,* diversa da quella che fonda l'obbligazione di restituzione della *sors* (*mutui datio*). Per il giurista autore dello svolgimento interpretativo della regola insito nel *nova,* oltretutto, la derivazione degli interessi da un rapporto giuridico non sembra escludere di per sé la possibilità di verificare la regola dell'*ex ipso corpore*[80]; è al contrario la constatazione

*pecunia* presenti nelle opere di Pomponio vd. D. 18, 2, 15, 1 *emptio venditio*; D. 13, 7, 6, 1 *pignus*. Peraltro, la giurisprudenza romana ha riflettuto su queste diverse cause fonti di un debito degli interessi, cogliendone il comune denominatore non tanto nell'*obligatio contracta*, quanto nell'*officium iudicis* vd. Pap. D. 16, 3, 24; Pap. in *Vat.* 2; Paul. D. 19, 2, 54 pr.; Hermog. D. 19, 1, 49, 1; sul punto vd. oltre a C. FADDA, *Le* usurae quae officio iudicis praestantur cit., in RISG. 2 (1886), pp. 355-405; e in RISG. 3 (1887), pp. 3-45 [= ID., *Studi e questioni di diritto* cit., pp. 229 ss. ]; e G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle* "usurae" cit., pp. 217 ss.; ora anche R. KNÜTEL, *Zum Nutzungszins* cit., p. 517 che parla di debito di interessi in questi casi come costituito «nicht... durch eine selbstständige Obligation..., sondern nur durch Einbeziehung in den Klaggegenstand».

[80] Sembra che pur trovandosi di fronte ad un reddito fondato su un rapporto obbligatorio, egli non senta la necessità di esplicitare la sua essenza come 'diritto' a vantaggio del creditore (*ius obligationis* in Gai. II, 14), come cosa incorporale per eccellenza. Potremmo trovarci di fronte ad una concezione dell'obbligazione che privilegi ancora l'aspetto materiale di ciò che è dovuto rispetto al vincolo ideale diretto ad una prestazione. Il problema della «definizione giuridica» dell'obbligazione in rapporto alla «fenomenologia di varia origine e già piuttosto complessa» dell'età repubblicana è un problema aperto; vd. M. TALAMANCA, *Obbligazioni (dir. rom.)*, in ED. XXIX (1979), pp. 15-16. L'*obligatio*, a differenza di altri istituti come ad es. la *possessio*, viene probabilmente attratta nella categoria delle *res incorporales* non prima del I sec. d. C. (vd., con diverse sfumature, G. PUGLIESE, Res corporales - res incorporales *e il problema del diritto soggettivo*, in *Studi Arangio-Ruiz* III, pp. 223 ss., in particolare 246-248; P. ZAMORANI, *Gaio e la distinzione* "res corporales" - "res incorporales", in *Labeo* 20 [1974], pp. 362-369; F. BONA, *Il coordinamento delle distinzioni* res corporales - res incorporales *e* res mancipi - res nec mancipi *nella sistematica gaiana*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino (1976), pp. 407 ss., in particolare 424 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulle* res corporales *e* incorporales *quali elementi del patrimonio in margine al pensiero di G. Scherillo*, in *G. Scherillo. Atti del Convegno Milano 22-23 ottobre 1992*, Milano [1994], cito da ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid [1994], pp. 177 ss.; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano*, Roma-Bari [1998], pp. 190-191). Negli ultimi secoli della repubblica potrebbe ancora resistere una nozione del *debitum* costruita tutta sull'oggetto dovuto; vd. G. GROSSO, *La distinzione fra* res corporales *e* res incorporales *e il secondo capo della* lex Aquilia, in *Synteleia Arangio-Ruiz*, pp. 791-795; ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino (1967²), p. 186; sul punto ora anche M. BRETONE, *op. ult. cit.* Il GROSSO accentua, infatti, in base al risarcimento *ex secundo capite legis Aquiliae* (Gai. III, 215: relativo al caso in cui l'*adstipulator* in frode al creditore rimetta il credito con *acceptilatio* al debitore), il «parallelismo» tra questa ipotesi e le altre due tutelate nel primo e nel terzo dei *capita* della legge. In particolare «si tratterebbe... di un parallelismo che nell'autore della legge può essere sentito nella sua immediatezza grezza, fra crediti e cose corporali, nella sanzione del danno arrecato *iniuria* ad altri, distruggendo o ledendo i loro beni» (p. 792). La precisazione è molto significativa se si tiene conto che la *lex Aquilia* è successiva alla *lex Poetelia Papiria*. È, infatti, possibile che l'*obligatio* fosse concepita prima della *lex Poetelia Papiria* del 326 a. C. in termini di vincolo corporale e materiale sul *corpus* del debitore, e dopo di essa come vincolo che astringe i *bona debitoris* come *corpus*; così R. ORESTANO, *Il problema delle "persone giuridiche" in diritto romano*, Torino (1968), p. 135 ed ora V. GIUFFRÈ, *La* substantia debitoris *tra* corpus *e* bona, in Praesidia libertatis. *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana, Atti Copanello 1992*, a cura di F. MILAZZO, Napoli (1994), pp. 267 ss., in particolare 269 e 279.



che si tratti di un reddito fondato su un rapporto giuridico indipendente da quello che coinvolge la *sors* a fondare l'esclusione dell'*usura pecuniae* dal *fructus*.

Contro questa interpretazione sta l'eliminazione del *nova* proposta dal Bonfante[81]. Così si restringerebbe il significato di *corpus* alla sola *pecunia* e non alla obbligazione pecuniaria, e quello di *causa* al solo rapporto obbligatorio e non alla *causa obligationum*. In sostanza, secondo l'ipotesi del Bonfante, la L.121 avrebbe negato all'*usura pecuniae* natura di frutto in quanto non prodotta corporalmente dal danaro, ma dovuta in base ad un rapporto giuridico.

A mio avviso, invece, proprio il fatto che l'autore dell'*id est nova obligatione* risolva il problema posto dall'*usura pecuniae* verificando la tenuta della *regula* dell'*ex ipso corpore,* è un forte indizio per la genuinità dell'aggettivo.

Siamo di fronte ad una concezione preesistente e ad un suo svolgimento interpretativo legato all'ipotesi particolare delle *usurae*. La concezione è quella della antica nozione naturalistica, che trova eco nella definizione per disconoscimento data da Q. Mucio (questo non è x perché manca k)[82].

Lo svolgimento interpretativo che coinvolge la regola rispetto alle *usurae*, è da imputare allo stesso Q. Mucio e dimostra come su di essa si stessero operando affinamenti dogmatici legati ai suoi contenuti (*ex ipso corpore*) per verificarne la tenuta rispetto alle potenziate possibilità di reddito derivanti dalle attività negoziali, anche relative ai negozi di credito.

Come abbiamo visto in D.22, 1, 19 pr., analoga verifica con risultati opposti, seppur entro il diverso istituto del *restituere* nella rivendica con *formu-*

[81] P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* cit., II. 1, p. 191; così F. BENEDEK, *Eigentumserwerb* cit., p. 30 n. 4; ID., *Fruchterwerb* cit., p. 80 n. 4.

[82] Questo tipo di definizioni, riconosce il LANTELLA, *Pratiche definitorie* cit., p. 58, «sono piuttosto interessanti perché spesso, in mancanza di altre indicazioni, sono mezzi utili attraverso cui emergono con chiarezza le condizioni d'uso dei termini contemplati».

*la petitoria*, è operata da Elio Gallo in relazione alle mercedi locative. Si è quindi di fronte ad una riconsiderazione da parte della giurisprudenza tardorepubblicana della concezione naturalistica di frutto, sollecitata da nuove forme di reddito ricavate dalle cose attraverso la mediazione di un rapporto giuridico che le coinvolge.

B. *Il* fructus ex facto natus: *l'acquisto dei frutti della cosa donata da parte del coniuge donatario è limitato a quelli che possono considerarsi prodotti esclusivi del suo lavoro, dando rilievo al cd. principio di produzione D.22, 1, 45*

> Pomp. *libro vicesimo secundo ad Q.Mucium* D.22, 1, 45
> *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris quia non ex facto eius is fructus nascitur.*

La critica si è concentrata sulla seconda parte del passo[83], ed in particolare sull'*ex silva caedit* per la discordanza temporale col *decerpserit*[84] e

[83] Superate devono ritenersi le ipotesi critiche su tutta la seconda parte del passo (ad es. S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., I, p. 696 n. 4 [*illos-nascitur*]; F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris (1928), p. 59 n. 2, che salva solo il *sicuti-possessoris*). Essa sembra coerente con I. 2, 1, 35 (*naturali ratione placuit fructus quos percepit eius esse pro cultura et cura*; vd. a riguardo però *infra* pp. 381 ss.), sebbene sollevi grossi problemi interpretativi agli *antecessores* contemporanei alla Compilazione (sc.'Ηρωτήθη a ἀπὸ ἔργου αὐτοῦ B. 23, 3, 45 [BS. 1688, 16 ss. | su cui vd. *infra* p. 391 n. 47); vd. C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano (1908[3]), p. 372 n. 1; E. ALBERTARIO, *La responsabilità del* bonae fidei possessor, in BIDR. 26 (1914), p. 252; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali nel possesso di buona fede*, in *Studi Scorza* (1940), [cito da ID., *Diritto e società nell'antica Roma*, a cura di A. DELL'AGLI - T. SPAGNUOLO VIGORITA, Roma (1982), p. 462 e nn. 21-22] e viene combattuta da altri giuristi classici (Paul. 7 *ad Plautium* D. 41, 1, 48 pr.; su cui vd. *infra* pp. 314 ss.), così da integrare un *ius controversum* in materia.

[84] L'UBBELOHDE, *Rechtshistorische- exegetische Studien*, in ZRG. 11 (1873), p. 253 parla di una *Fassung* «stümperhaft»; sulla scorretezza formale del [*vel ex silva caedit*] vd. anche G. BESELER, *Lucubrationes Balticae*, in SDHI. 3 (1937), p. 375 che per il resto ritiene il passo genuino; sulla probabile natura glossematica dell'inciso vd. M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht*, in ZSS. 65 (1947) R. A., p. 257; ID., *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars* cit., p. 418 n. 59. Rimanendo su un piano formale, l'*ex silva caedit* potrebbe essere il frutto di un errore di lettura o di copiatura da un originario *ex silva cecidit*, quindi non più ciò che si taglia dalla foresta, ma ciò che è da essa caduto. L'*ex silva caedit* potrebbe, altresì, rappresentare l'uso classico del presente per esprimere un'azione reiterata di semplice taglio di legna dalla foresta cedua (su questa modalità d'uso del presente



sull'estensione del ragionamento svolto nel passo ad ogni *bonae fidei possessor*[85]. L'intricato gioco di istituti e la presenza di contraddizioni con altre fonti giuridiche ne hanno caratterizzato nel tempo la difficoltà di interpretazione e di approfondimento storico. Ritengo, però, che possa considerarsi già presente nei libri *De iure civili* di Quinto Mucio non solo la prima proposizione del frammento in esame, ma nella sostanza tutto il discorso svolto[86].

Mi sembra, infatti, che una lettura tesa a dividere la prima proposizione

indicativo vd. J. B. HOFMANN - A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik*, II, München [1972], p. 305). La tradizione bizantina non è omogenea: da un lato, nello Sch. di Steph. Στεφάνου. Ei και a B. 23, 3, 45 (BS. 1688, 4 ss.), si ricorda soltanto l'esempio dei *poma*; d'altro lato B. 23, 3, 45 (BT. 1128-1129) parla esplicitamente di taglio dell'uva e della foresta (Ei δὲ ὀπώραν ἢ ὕλην ἔκοψεν).

[85] Il *sicuti/possessoris* sarebbe la conseguenza di una interpolazione perché il coniuge donatario non è un possessore di buona fede in base alla nullità *iure civili* dell'atto di trasferimento *donandi causa* tra *vir* e *uxor*, in conseguenza del divieto introdotto *moribus*; A. UBBELOHDE, *Rechtshistorische-exegetische Studien* cit., p. 253 integra con <*sicuti nec eius, qui rem usureccepturus vel improbe pro herede usucapturus est*>, avvicinando il coniuge donatario a forme di possesso rilevanti nel *ius civile* che prescindono dalla *bona fides*. Sull'interpolazione vd. anche EISELE, *Beiträge zu Erkentniss der Digesten-interpolationen*, in ZSS. 13 (1892), p. 146; A. PERNICE, Labeo. *Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II, 1[2] Halle (1895), cito da rist. Aalen (1963), C, p. 358-359 n. 2; F. DE MARTINO, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 463; M. KASER, *Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit., p. 257; ID., *Zum Fruchterwerb* cit., pp. 418 ss.; J. L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisición de frutos* cit., p. 451. L'affermazione è giusta. Va tenuto, altresì, conto della discussione classica tra Trebazio in D. 41, 6, 3 che riconosce comunque all'*uxor* di possedere, e addirittura di *possidere pro donato* nel caso in cui non si arricchisca a danno del marito, ad es. perché egli le dona una *res aliena*; Cassio in D. 41, 6, 1, 2 che nega al coniuge donatario non la *possessio* come tale, ma quella *ad usucapionem*; Nerazio D. 24, 1, 44 e Giuliano D. 5, 3, 13, 1 che parlano a riguardo di *possessio pro possessore* (vd. sul punto G. NICOSIA, *Donazione fra coniugi e* usucapio pro donato, in AG. 151 [1956], pp. 67 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 355 ss.; ID., *Neraz D. 24, 1, 44*, in T. 30 [1962], pp. 336 ss.; K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien [1974], pp. 89-90 e n. 13; su D. 22, 1, 45 vd. p. 72 n. 16 e pp. 267-268). Dal punto di vista grammaticale, poi, il vero problema non sarebbe dato dal *sicuti*, che indica lo sforzo di estendere la disciplina ad una fattispecie sentita come diversa (vd. esattamente G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage des Fruchterwerbs* cit., p. 78), ma dal *cuiuslibet* che implica la maturazione di una categoria dogmatica generale di *possessores bonae fidei* (vd. Paul. D. 41, 2, 3, 22) nella quale sembra ascriversi non correttamente il coniuge donatario. Per un *ius controversum* in materia opta F. W. TIGERSTRÖM, *Die* bonae fidei possessio *oder das Recht des Besitzers*, Berlin (1836), p. 74 n. 2 (continua da p. 73).

[86] Già il PERNICE, *Labeo* cit., C, p. 358 n. 2 notava che la tesi di Pomponio relativa al coniuge donatario può aver subito l'influsso di «eine veraltete Ansicht Scaevolas». Il KASER, che in un primo momento aveva limitato la parte attribuibile a Quinto Mucio alla prima proposizione (*Die natürlichen Eigentumserwerbsarten* cit., p. 257; così anche K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., 72 n. 16), ritiene muciana, in un successivo scritto, la parte fino a *serendo* (*Zum Fruchterwerb* cit., p. 418). Per la paternità muciana del principio esposto in D. 22, 1, 45 opta G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage* cit., p. 81. Scettico sulla possibilità di separare le due concezioni, J. L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas*

(*fructus/facit*) dal resto del discorso non renda ragione del *percipiendo*. Con esso si afferma che il coniuge acquista i frutti della cosa donata con il *percipere*. L'affermazione non è legata semplicemente al riconoscimento di un acquisto dei frutti nati dalla cosa donata pur esistendo il divieto di donazioni tra coniugi, ma esplicita che il coniuge fa suoi i frutti di essa solo con la *perceptio*. Proprio il significato di *perceptio* nell'età di Q. Mucio (cfr. ad es. Cic. *De off.* II, 3, 12)[87], come implicante comunque un'*opera hominis,* impone di precisare che il *percipere* del coniuge donatario debba collegarsi ad una attività che partecipi al processo di produzione del frutto, e non semplicemente di raccolta di esso dalla cosa donata una volta venuto ad esistenza. È l'aver seminato (*serere*) il fondo donato a rappresentare l'ipotesi calzante per chiarire il discorso svolto, e non tanto in funzione della spesa sostenuta dal coniuge per le sementi[88], quanto per il completo ciclo lavorativo che ciò implica (dalla *satio* alla *perceptio*). L'*exemplum* che segue è quindi strettamente connesso col discorso svolto: se il coniuge donatario, infatti, abbia colto una frutta d'albero nata spontaneamente nel fondo donato, non l'acquista, giacché tale frutto 'non nasce' *ex facto eius*.

Come si è già accennato, presupposto dall'angolatura della testimonianza di D.22, 1, 45 è il divieto di donazioni fra coniugi, nato attraverso l'*interpretatio* nei *mores* (D.24, 1, 1)[89]. Esso non è ancora maturato come regola nel *ius civile*[90] al tempo della *lex Cincia* (204 a.C.). Termine *ante quem* è Trebazio, che argomenta in materia secondo un principio acquisito, quello dell'arricchimento[91].

Dato il divieto di donazione fra coniugi, emerge la questione se il coniuge donatario possa però far suoi i frutti della cosa donata[92]. La risposta affermativa è peraltro coerente con l'altra emersa nella tradizione civilistica, e ricordata dallo stesso Pomponio, che separa il destino dei frutti da quello della cosa donata colpita dal divieto *ex lege (imperfecta) Cincia* (Pomp. *33 ad Sab.* D.39, 5, 9, 1)[93]. In questo caso, però, senza limitare l'acquisto ai frutti nati *ex facto*, così come lo stesso Giuliano in materia di donazioni fra coniugi (D.24, 1, 17 pr.)[94].

Crea problemi l'estensione della regola applicata per il coniuge donatario

*de la adquisición de frutos* cit., p. 451. Dal punto di vista palingenetico Pomponio sta commentando probabilmente già la parte dei *XVIII libri iuris civilis* di Q. Mucio dedicata a *De possessionibus et usucapionibus* (XI?), come con certezza possiamo affermare per i libri XXIII-XXVI dell'*Ad Quintum Mucium* del giurista imperiale; F. P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt* cit., I, p. 63; O. LENEL, *Palingenesia* cit., II, coll. 72-73. *Contra* M. LAURIA, *Ius Romanum* cit., I. 1, pp. 125-128 che pensa alla parte di commento dedicata agli editti Fabiano e Calvisiano, dalla quale sarebbe emersa la problematica trattata. Sulla difficoltà, però, di seguire il Lauria nei collegamenti tra 'sistema' muciano e 'sistema' dell'editto vd. F. WIEACKER, in *Iura* 16 (1965), pp. 272 ss.; pp. 278-279; M. BRETONE, *La storia del diritto romano tra scienza giuridica e antichistica*, in *Iura* 39 (1988), pp. 19-20.

[87] *Neque frugum fructuumque reliquorum perceptio et conservatio sine hominum opera ulla esse potuisset.* Sulla *perceptio* vd. L. ARU, *Sull'acquisto dei frutti naturali da parte del possessore di buona fede*, in BIDR. 45 (1938), pp. 193 ss.; sul passo pp. 224 ss.; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto* cit., I, pp. 134 ss.; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit., pp. 116-119.

[88] Ciò significherebbe, coerentemente a Iul. D. 22, 1, 25, 1 che «das Kapitalaufwand, also die Kosten des Saatsgut, werden... als unbedeutendend vernachlässigt», M. KASER, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars* cit., p. 418.

[89] Ulp. *32 ad Sab.*: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent...* Per il GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit., p. 51 «l'operare dei giuristi si saldava con la recezione *moribus*, costituendone la molla normale e formando con essa un tutt'uno; i giuristi formulavano le loro proposte, le quali diventavano diritto se e nella misura in cui venivano ricevute nella vita concreta del diritto» ed in generale pp. 25 ss.; per alcuni esempi pp. 92 ss. Per un approfondimento del senso del *ius moribus receptum* in rapporto al divieto



di donazione tra coniugi, contro ipotesi che negano tale origine dell'istituto (vd. da ultima A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazioni tra coniugi*, in *Labeo* 37 [1991], pp. 342 ss.), U. VINCENTI, *La presunzione muciana e la sua connessione con il divieto di donazione fra coniugi*, in *Index* 27 (1999), pp. 464-466.

[90] *Vat.* 302: Paul. *LXXI ad edictum*: *Excipiuntur et adfinium personae ut prignus privigna, noverca vitricus, socer socrus, gener nurus, vir et uxor, sponsus sponsa*. La presenza, cioè, di *vir et uxor* tra le *personae exceptae* dal dettato della *lex Cincia* dimostra, infatti, che nei *mores* del *ius civile* nel 204 a. C. non fosse ancora emerso in modo quantomeno indiscutibile un divieto di donazione fra coniugi; vd. G. G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano (1960), pp. 195 ss.; su *vir* e *uxor* nel testo del plebiscito vd. F. CASAVOLA, Lex Cincia. *Contributo alla storia delle origini della donazione romana,* Napoli (1961), pp. 62-68. Di diverso avviso G. SCHERILLO, *Sulle origini del divieto delle donazioni fra coniugi*, in *Studi Solmi* I, pp. 169 ss. e soprattutto M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotwidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien (1977), pp. 114-115 che non dà importanza alla presenza dei coniugi tra le *personae exceptae* nella *lex Cincia* del 204 a. C. Lo stesso Kaser, peraltro, opta per una datazione alta del divieto di donazione tra coniugi in base a ragioni sociali (*op. ult. cit.,* pp. 115-116), in quanto l'altro argomento relativo alla irrealizzabilità del divieto con *lex perfecta* prima del II sec. a. C. potrebbe semmai confermare una maturazione di esso nell'*interpretatio* dei *mores*.

[91] Pomp. 24 *ad Q. Mucium* (D. 41, 6, 3): *si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere*. Sul passo vd. K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., pp. 70 ss.; e di recente CHR. WOLLSCHLÄGER, *Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft*, in *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion 75. G. F. Wieacker*, hrsg. O. BEHRENDS-M. DIESSELHORST- W. E. VOSS, Ebelsbach (1985), p. 63.

[92] Esattamente K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., p. 268; M. KASER, *Zum Fruchterwerb* cit., 419 e p. 422; H. ANKUM, Rc a Chorus, in *Iura* 28 (1977), p. 179. Sulla terminologia delle fonti relativa all'inefficacia della donazione fra coniugi vd. D. 24, 1, 3, 10-11 e K. MISERA, *op. ult. cit.*, pp. 84 ss.; M. KASER, *Über Verbotsgesetze* cit., p. 115.

[93] *Ex rebus donatis fructus perceptus in rationem donationibus non computatur...*

[94] K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., pp. 267-268. Sul passo vd. *infra* pp. 227 ss.

alla classe dei *bonae fidei possessores*. Da un lato è difficile dire se Q. Mucio conosca una tale classe generale[95], oltre ai *genera possessionum* fondati sulle *causae possessionis*[96].

[95] Gai. II, 43. Nei libri *ad Q. Mucium* di Pomponio ritroviamo il principio che *ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest* (D. 41, 3, 24 pr.), collegato al divieto riaffermato dalla *lex Atinia* in relazione alle *res furtivae*. A riguardo, sia la discussione di Manilio, Bruto e P. Mucio in relazione alla retroattività della legge, sia la stessa necessità di riaffermare nel II sec. a. C. con la *lex Atinia* stessa il divieto decemvirale, parlano a favore di una *interpretatio prudentium* tesa a riconoscere, in base alla *bona fides* e alla *iusta causa*, l'usucapione del bene col decorso del tempo, per garantire la circolazione dei beni. Contro di essa, viene riaffermato «il carattere rigorosamente obiettivo del vizio di furtività»; F. GALLO, Potestas *e* dominium *nell'esperienza giuridica romana* cit., pp. 56-57 n. 99; ID., *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto* cit., p. 132; seguito da O. BEHRENDS, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie*, in *Nomos und Gesetz*, Hrsg. O. B. -W. SELLERT, Göttingen (1995), p. 143. Significativo è anche il parere dei *plerique* in materia di usucapione del presunto bene ereditario da parte dell'erede, purché *pute<t> rem aliquam ex hereditate esse* (Pomp. *23 ad Q. Mucium* D. 41, 5, 3). Infine ai *veteres*, seguiti da Sabino e Cassio, la tradizione imputa una riflessione sul punto, in relazione all'acquirente di una *res mancipi* da una donna senza l'*auctoritas tutoris*. La *scientia* di questi avrebbe importato l'impossibilità di considerarlo di buona fede, sebbene per Labeone egli abbia comunque un possesso *pro possessore*, mentre solo con Proculo e Celso si ammetterà la *possessio pro emptore* (D. 18, 1, 27; Vat. 1); vd. ad es. M. KASER, *Fragmenta Vaticana I*, in *Labeo* 7 (1961), pp. 291 ss.; H. HAUSMANINGER, *Die* bona fides *des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München (1964), pp. 13 ss. e di recente A. BURDESE, *Capacità naturale e perdita del possesso*, in Sodalitas. *Scritti in onore A. Guarino* 2, pp. 773-775; ID., *Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, I, Milano (1991), p. 123; in generale sul rapporto tra *possessio ad usucapionem* e *bona fides* vd. L. VACCA, Iusta causa *e* bona fides *nell'*usucapio *romana a proposito del titolo* pro suo, in *Sodalitas* cit., 4, pp. 1955 ss. Vedrei anche nel responso di Manilio e Bruto in materia di tesoro nascosto nel fondo usucapito ricordato in D. 41, 2, 3, 3 da Paolo, l'applicazione di un ragionamento dei *fundatores* che sottende *a contrario* una regola sulla buona fede (così ad es. A. PERNICE , *Labeo* cit., [II secondo la prima edizione dell'opera Halle (1878)], B, pp. 157-158; TH. MAYER MALY, *Studien zur Frühgeschichte der* Usucapio *III*, in ZSS. 79 [1962] R. A., pp. 105-107; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto romano*, Palermo [1985], p. 99 n. 359; contra A. WATSON, *The Law of Property* cit., pp. 55 ss.), sebbene in esso l'elemento soggettivo per l'usucapione del tesoro è irrilevante. Manilio e Bruto subiscono la critica di Paolo non rispetto all'acquisto del tesoro per usucapione insieme all'usucapione del fondo, ma rispetto all'esclusione, per questo acquisto, della rilevanza della buona fede (*ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum <usu> cepit, etiam thensaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum...*). I *fundatores* fanno leva sull'estensione dell'oggetto posseduto, il fondo che contiene anche il tesoro nascosto, ed in tal modo possono prescindere in questo caso dalla *scientia* del possessore; vd. A. PERNICE, *op. ult. cit.*, p. 158-159; considerano irrilevante la buona fede A. CARCATERRA, *Possessio*, (Rist. anast. ed. Roma 1938), pp. 160 ss.; P. ZAMORANI, Possessio *e* animus, Milano (1977), pp. 181 ss.; sul passo da ultima P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo delle situazioni possessorie nel diritto romano classico*, Padova (1998), pp. 129 ss. sebbene sul punto preferisca non pronunciarsi (p. 136).

[96] Paul. *54 ed.* D. 41, 2, 3, 21: *Genera possessionum tot sunt, quot et causae adquirendi eius



D'altro lato è da escludere una tale qualifica per il coniuge donatario (Iul. in Ulp. *32 ad ed.* D.24, 1, 19 pr.)[97]. A questi è riconosciuta, dopo discussioni, la *possessio pro possessore*[98]. L'inciso *sicuti-possessoris* potrebbe, quindi, essere una glossa postclassica che erroneamente generalizza il parere dato limitatamente al coniuge donatario; oppure con esso si vuole soltanto estendere una regola giuridica applicata in età più antica ad ipotesi nelle quali la

quod nostrum non sit, velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae*; § 22: *vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide*; §23: *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus, ineptissimum est.* Q. Mucio ha una concezione dei *genera possessionum*, costruiti sulle diverse *causae possessionis*, che non si omologa automaticamente in quella di Paolo. Ciò peraltro non esclude che la seconda *divisio* ricordata nel § 22 non avesse profonde radici classiche (alla fine dell'età repubblicana pensa L. VACCA, *Usucapione (dir. rom.)*, in ED. XLV [1992], p. 999 n. 35). Per una concezione larga della *possessio* in Q. Mucio, propende G. BRANCA, Missiones in possessionem *e possesso*, in *Studi Solazzi*, pp. 483 ss.; ma vd. già E. I. BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig (1880), p. 69; O. RUGGIERI, *Il possesso e gl'istituti di diritto prossimi ad esso I. Il possesso di diritto romano*, Firenze (1880), pp. 159-160. Sul rapporto tra Paolo e Q. Mucio vd. anche F. BOZZA, *Il possesso I. Corso di Pandette (1934-35)*, Napoli (1936), pp. 85-88; ID., *D. 41, 2, 3, 23 e la classificazione dei* genera possessionum, in *Synteleia Arangio-Ruiz* (1964), pp. 616 ss.; M. LAURIA, Possessiones. *Età repubblicana*, Napoli (1953), p. 170: A. BURDESE, *Possesso (dir. rom.)*, in ED. XXXIV (1985), p. 454; J. L. BARTON, Animus *and* possessio nomine alieno, in *New Perspectives in the Roman law of Property* cit., pp. 43-44; L. WINKEL, Usucapio pro suo *and the Classification of the* causae usucapionis *by the Roman*, *ibidem*, p. 220; D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario* ad edictum, in *Per la storia del pensiero giuridico romano* cit., p. 108 e n. 166. Sulle questioni relative alle tecniche diairetiche che il passo di Paolo solleva vd. M. TALAMANCA, *Lo schema* genus-species *nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma (1977), II, pp. 273 ss.

[97] *Si uxor filio donaverit servum, qui in patris mariti sit potestate, deinde is servus ancillam acceperit, dominium mulieri quaeratur: nec interesse Iulianus ait, ex cuius pecunia haec ancilla empta sit, quia nec ex re sua quicquam adquiri potest per eum qui donatur ei cui donatur: hoc enim bonae fidei possessoribus concessum est, virum autem scientem alienum possidere.*

[98] D. 41, 6, 3 (*supra* p. 111 n. 91); D. 41, 6, 1, 2 Paul. *54 ed.:... item vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare... possidere autem uxorem rem a marito donatam Iulianus putat.*; D. 5, 3, 13, 1 Ulp. *15 ed.:... item in titulo pro donato quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus: et placet nobis Iuliani sententia pro possessore possidere eum*; D. 41, 2, 1, 4 Paul. *54 ed.: Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest...*; D. 24, 1, 44 Ner. *5 membr.:... sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis*; a riguardo vd. M. KASER, *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 355-359.

buona fede è assente, all'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede, senza che ciò implichi una considerazione del coniuge donatario come possessore di buona fede.

Per questa ragione mi sembra difficile credere che esso fosse già presente in Quinto Mucio. Esso è da imputare ad un giurista per il quale l'acquisto dei frutti dalla cosa altrui è possibile esclusivamente a fronte di una sua buona fede. Al contrario la regola tramandata da D.22, 1, 45 in rapporto al coniuge donatario, prescinde dalla stessa e valuta il profilo della produzione. In particolare limita l'acquisto dei frutti dalla cosa altrui a quelli che possano considerarsi prodotti esclusivamente dal lavoro del possessore. Si è quindi di fronte ad una regola giuridica che non fonda l'acquisto dei frutti in base al tipo di rapporto che intercorre tra non proprietario e cosa altrui dalla quale essi si percepiscono, ma al contrario che riconosce lecita questa appropriazione soltanto quando i frutti possano considerarsi prodotti *ex facto eius*.

Dal punto di vista della regola enunciata in D.22, 1, 45, mi sembra sia da approfondire una interpretazione proposta in dottrina, che vi vedrebbe l'applicazione del cd. *Produktionprinzip*, principio nato nei rapporti agrari più antichi[99].

Di fronte ad un rapporto tra uomo e cosa non ascrivibile nello schema del *dominium*, né nella *possessio ad usucapionem*, come appunto quello tra coniuge donatario e *res donata*, il giurista applicherebbe la regola arcaica legata all'appropriazione da parte del *civis* del *fructus* dell'*ager publicus*[100] (sul punto vd. anche *supra* pp. 57-58). In sostanza, secondo questo principio, il coniuge acquisterebbe soltanto i frutti che dalla cosa donata ha prodotto con il proprio lavoro. La *possessio* della *res donata*, irrilevante ai fini dell'usucapione, ma idonea forse

[99] G. Thielmann, *Produktion als Grundlage* cit., pp. 80-81.

[100] Non è un caso, peraltro, che in Paolo in D. 41, 1, 48 pr., fissato il principio che il *bonae fidei possessor* acquisti tutti i frutti della cosa e non solo quelli prodotti *diligentia et opera eius*, la *ratio* di esso sia vista, invece, nel modello proprietario (*domini loco*); vd. a riguardo G. Thielmann, *Produktion als Grundlage* cit., pp. 80 ss. Sulle *possessiones* in rapporto all'*ager publicus* vd. P. Bonfante, *Corso di diritto romano* cit., III, pp. 243 ss.; M. Kaser, *Eigentum und Besitz*[2] cit., pp. 320 ss.; M. Marrone, *La posizione possessoria* cit., p. 26; e di recente A. Burdese, *Possesso* cit., pp. 452-453; L. Capogrossi Colognesi, Dominium *e* possessio *nell'Italia romana* cit., pp. 170 ss.; M. Talamanca, *Considerazioni conclusive*, in *La proprietà e le proprietà* cit., pp. 194-195; O. Behrends, *Bodenheit und privates Bodeneigentum* cit., pp. 272-280; L. Vacca, *Usucapione (dir. rom.)* cit., p. 991 n. 6; G. Nicosia, *Il possesso* cit., pp. 87 ss.; G. Falcone, *Ricerche sull'origine dell'interdetto* cit., pp. 143 ss.



alla tutela interdittale (*...si maritus uxori donavit eaque <vi> deiecta sit, poterit interdicto uti...* D.43, 16, 1, 10), fonderebbe l'acquisto dei frutti nati *ex facto eius*. Non basta, quindi, un *facere* inserito nella naturale nascita dei frutti, come ad esempio raccogliere frutta dagli alberi o tagliare legna dalla foresta[101], ma bisogna che tali frutti siano nati, siano il prodotto del suo lavoro.

Soltanto quando il 'lavoro' del coniuge, dalla semina alla raccolta (in senso ampio il *colere*), può dirsi la vera fonte di produzione del *fructus*, la sua vera causa efficiente piuttosto che la cosa donata, allora il raccolto non sarà più visto come un *fructus* di essa e quindi dovuto al proprietario, ma come un *fructus ex facto eius natus*[102].

È chiaro che una tale mentalità coglie nella sua concretezza l'energia che l'uomo esprime lavorando, quasi oggettivandola nella sua capacità di realizzare cose nuove e attraendola nella metafora della cosa madre che genera il frutto (*nascitur*). La difficoltà per l'interprete moderno è ulteriormente aggravata dal fatto che, con la rivoluzione industriale e l'avvento dell'economia capitalistica, il lavoro libero ha assunto un significato astratto, mediato dal valore che esso esprime nel tempo in termini di danaro, appunto il lavoro salariato[103].

Ancora una prova dell'*interpretatio* che coinvolge la nozione 'naturalistica' di frutto, la quale in questo caso viene ad essere approfondita in relazione al lavoro dell'uomo libero visto come *quid* capace di generare cose nuove senza intaccare la sostanza della cosa altrui utilizzata, tanto da permettere in casi limite la svalutazione della provenienza del frutto agricolo dalla terra aliena, a favore della provenienza di esso dal lavoro del coniuge donatario, dalla semina al raccolto[104].

[101] In B. 23, 3, 45 (BT. 1128, 23) si ricorda esplicitamente, come *ratio* della soluzione, la natura accidentale della produzione di questi frutti (τυχὸν γὰρ αὐτὸς ἔσπειρεν).

[102] Da questa prospettiva, le motivazioni che parlano a riguardo di acquisto dei frutti al coniuge donatario come «profitto della sua attività» (F. De Martino, *L'acquisto dei frutti naturali* cit., p. 464), come «Ausgleich für die zu ihrer erforderliche Mühe» (M. Kaser, *Zum Fruchterwerb* cit., p. 418), come «Erfolg der Arbeit» (F. Benedek, *Fruchterwerb* cit., p. 108) compiono un'astrazione che in parte tradisce la logica di esso come 'frutto nato dal suo lavoro'. È corretto, invece, accentuare in esso una concezione 'naturalistica' analoga a quella del frutto nato dal fondo; G. Negri, *Diritto minerario romano* cit., I, pp. 215-216.

[103] Accentua l'importanza dell'intuizione del Marx F. De Martino, *Storia economica* cit., II, p. 501: «oggi il lavoro libero è destinato allo scambio con danaro allo scopo di riprodurre e valorizzare il danaro. Il valore del lavoro non destinato al godimento, ma al danaro è un presupposto del lavoro salariato e quindi una condizione storica del capitale». Vd. a riguardo, anche, A. Schiavone, *La storia spezzata*, Roma-Bari (1996), pp. 173 ss.

[104] Sull'esistenza di un tale cd. *Produktionprinzip* nell'àmbito dei modi di acquisto della